

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

POUR UNE PRÉSUMPTION LÉGALE SIMPLE DE GARDE ALTERNÉE AU QUÉBEC

MÉMOIRE PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR
VALÉRIE LABERGE

AVRIL 2013

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Dans un premier temps, je remercie ma directrice de recherche, Madame Anne Saris, pour ses précieux conseils, sa générosité et son dévouement exceptionnel, qui ont été essentiels à la réalisation de ce mémoire de maîtrise.

Je remercie également Madame Stéphanie Bernstein pour la pertinence et la justesse de ses commentaires tout au long de mon passage à l'Université du Québec à Montréal, ainsi que Madame Gaël Gidrol-Mistral, pour son apport en fin de parcours.

Ce travail n'aurait pu être réalisé sans le support et la patience de mon patron, Me Pierre A. Béliveau du cabinet Béliveau Brassard, qui m'a initiée à la formidable pratique du droit de la famille et qui continue de me transmettre chaque jour ses connaissances avec passion, rigueur et intelligence.

Je dois en grande partie ce mémoire à mes parents, qui m'ont transmis le goût du dépassement de soi. Finalement, merci à mon conjoint Dominic pour son soutien et son réconfort quotidien. Merci d'avoir cru en moi du début jusqu'à la fin de ce projet.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	ii
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	vi
RÉSUMÉ.....	vii
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
L'EXISTENCE D'UNE PRÉSUMPTION LÉGALE DE GARDE ALTERNÉE DANS LA LOI AU QUÉBEC	13
1.1 Le fondement de la garde d'enfant : l'autorité parentale	13
1.1.1 Historique.....	13
1.1.2 Droits-fonctions.....	14
1.1.3 L'exercice conjoint de l'autorité parentale.....	15
1.1.4 L'existence d'une présomption de garde alternée dans la loi ?	16
1.1.4.1 La notion de présomption	16
1.1.4.2 L'exercice conjoint de l'autorité parentale et son interprétation	22
1.1.4.3 La déchéance de l'autorité parentale	24
1.2 Le critère d'attribution de la garde d'enfant au Québec : le meilleur intérêt de l'enfant	27
1.2.1 Historique.....	29
1.2.2 Le cadre juridique	31
1.2.2.1 Le Code civil du Québec	31
1.2.2.2 La Loi sur le divorce.....	33
1.2.2.3 Le Code de procédure civile du Québec.....	36

1.2.3 La discrétion judiciaire et le meilleur intérêt de l'enfant	38
1.3 Conclusion de première partie	41
CHAPITRE II	
L'EXISTENCE D'UNE PRÉSUMPTION JURISPRUDENTIELLE (DE FAIT) DE GARDE ALTERNÉE AU QUÉBEC	44
2.1 L'office du juge	44
2.1.1 Le rôle du juge dans le litige de garde d'enfant	44
2.1.2 Les outils du juge dans la recherche du meilleur intérêt de l'enfant	46
2.1.2.1 La preuve écrite	47
2.1.2.2 Les témoignages	48
2.1.2.3 Les expertises	50
2.1.2.4 Le procureur de l'enfant	52
2.1.3 Les devoirs du juge dans le cadre du litige de garde	54
2.1.3.1 La recherche du meilleur intérêt de l'enfant	55
2.1.3.2 La reconstruction des faits	56
2.1.3.3 La détermination de la modalité de garde qui respecte le mieux le meilleur intérêt de l'enfant	58
2.2 La jurisprudence et le meilleur intérêt de l'enfant	60
2.2.1 Méthodologie	60
2.2.1.1 Analyse qualitative	60
2.2.1.2 Les jugements	61
2.3 Les critères analysés par la jurisprudence	65
2.3.1 La stabilité	65
2.3.2 Les disponibilités des parents et leurs capacités parentales	68
2.3.3 Les conflits et la communication entre les parents	70
2.3.4 L'égalité entre les parents	72
2.3.5 Les autres considérations	74
2.4 Conclusion de deuxième partie	78

CHAPITRE III	
LA PRÉSUMPTION LÉGALE DE GARDE ALTERNÉE : UNE OPTION POSSIBLE POUR LE QUÉBEC.....	83
3.1 Les débats sur la présomption de garde alternée au Canada.....	83
3.1.1 Les projets de loi C-22 et C-422	84
3.1.1.1 Le contexte	84
3.1.1.2 Le projet de loi C-22.....	86
3.1.1.3 Le projet de loi C-422.....	87
3.2 Analyse des arguments en faveur ou en défaveur de la présomption légale de garde alternée	89
3.2.1 Les arguments d'ordre psychologique	89
3.2.2 Les arguments des acteurs du monde juridique.....	93
3.2.3 Les arguments d'ordre économique	98
3.2.4 L'argument relié à la violence conjugale	98
3.3 La présomption légale de garde alternée dans le contexte de la politique familiale québécoise.....	100
3.3.1 Historique.....	101
3.3.2 Les piliers de la Politique familiale de 1997	104
3.3.2.1 Les garderies à coûts modiques et la maternelle à temps plein	106
3.3.2.2 La création du Régime Québécois d'Assurance Parentale (RQAP) 107	
3.3.2.3 Les allocations familiales unifiées.....	109
3.3.3 La Politique familiale depuis 1997.....	110
3.4 La politique familiale et le meilleur intérêt de l'enfant.....	111
3.4.1 La stabilité.....	112
3.4.2 L'égalité entre les parents	115
3.5 Conclusion de troisième partie.....	120
CONCLUSION GÉNÉRALE	125
SOURCES ET RÉFÉRENCES	130

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

C. de D.	Cahiers de droit
C.A.	Cour d'appel
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.p.c.	Code de procédure civile
C.S.	Cour supérieure
C.S.C.	Cour suprême
EYB	Éditions Yvon-Blais
G.O.	Gazette officielle
J.E.	Jurisprudence express
L.D.	Loi sur le divorce
L.Q.	Lois du Québec
L.R.C.	Lois refondues du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
O.R.C.C.	Office de révision du Code civil du Québec
R. Can. Droit Fam.	Revue Canadienne de droit de la famille
R. du B.	Revue du Barreau du Québec
R. du B. Can	Revue du Barreau Canadien
R. G. D.	Revue générale de droit
R.p.c.fam(C.S.)	Règlement de la Cour supérieure en matière familiale
REJB	Recueil de jurisprudence du Québec

RÉSUMÉ

Le meilleur intérêt de l'enfant est l'unique critère légal concernant l'octroi de la garde d'enfants au Québec. Plusieurs ont soulevé ses difficultés d'application pratique en raison de son caractère largement discrétionnaire. Le présent mémoire de maîtrise défend la thèse selon laquelle une présomption de garde alternée devrait être appliquée au Québec, afin de minimiser les effets négatifs de la large discrétion judiciaire en matière de garde d'enfants.

La première partie consiste à vérifier si la loi actuelle peut être interprétée comme donnant ouverture à une telle présomption.

Nous avons également analysé la jurisprudence des tribunaux d'appel rendue depuis les 15 dernières années afin de vérifier si les juges appliquent une présomption de fait de garde alternée.

La dernière partie a pour but de mettre en contexte l'introduction éventuelle de cette présomption dans la loi. Elle constitue dans un premier temps en une analyse des débats sur la présomption légale de garde alternée au Canada et, dans un deuxième temps, en une analyse de la Politique familiale québécoise afin de valider le réalisme de la mesure proposée.

Mots-clés : Autorité parentale, garde, présomption de garde partagée, politique familiale, implication du père.

INTRODUCTION

Au Québec, le critère qui permet de décider de la garde de l'enfant à la suite d'une séparation conflictuelle (tant en cas d'ordonnance de garde initiale qu'en cas d'ordonnance modificative) est discrétionnaire; il s'agit de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant¹, au cas par cas. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant dans la forme dans laquelle on le connaît est issu des travaux du psychologue américain Joseph Goldstein². Il a fait son entrée en 1980 dans notre système juridique afin de consacrer le principe suivant lequel l'intérêt de l'enfant doit primer sur celui de ses parents et afin de cimenter le droit de chaque enfant qu'un juge se penche sur la détermination de son intérêt à lui³. Les législateurs l'ont par la suite introduit dans la Loi sur le divorce⁴, puis dans la partie du Code civil du Québec⁵ portant sur la famille et ce critère est la « pierre angulaire »⁶ des décisions concernant les enfants depuis maintenant plus de 30 ans. L'un des moments où il est particulièrement utilisé est lors de la séparation contestée des parents. En effet, si les parents ne s'entendent pas, le juge doit alors décider comment répartir les attributs de l'autorité parentale (dont la garde et l'éducation de

¹ *Code civil du Québec*, LRQ 1991, c C-64, art 33, *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires [Loi sur le divorce]*, LRC 1985 c D-3.4, art 16.

² Joseph Goldstein, Anna Freud et Albert J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973.

³ *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3, à la p 44.

⁴ Art 16 LD

⁵ Art 33 et 604 CcQ.

⁶ *C (G). c V.-F. (T.)*, 1987, 2 RCS 244.

l'enfant). Il peut même aller à l'encontre des demandes des parents s'il croit que l'intérêt de l'enfant en serait mieux servi⁷.

Critère large et conférant une importante discrétion au juge, le critère du meilleur intérêt de l'enfant a été qualifié de « plus utile à titre d'aspiration que d'analyse juridique »⁸ en raison des difficultés de son application. Il s'agit en effet d'un standard, c'est à dire une norme qui est caractérisée par « l'absence de toute prédétermination et l'impossibilité de l'appliquer sans procéder au préalable à une appréciation ou à une évaluation, c'est-à-dire en plaçant le fait auquel on le rapporte sur une échelle des valeurs (étalonnage) »⁹. Il n'est toutefois pas imprécis au point d'être inconstitutionnel, tel qu'il le fut décidé dans l'affaire *Young c. Young*¹⁰. En effet, selon la Cour suprême, le critère du meilleur intérêt de l'enfant se doit justement d'être imprécis afin de remplir son objectif principal, à savoir de préserver le meilleur intérêt de chaque enfant soumis au processus judiciaire. L'introduction d'un standard au lieu de normes précises a également pour but d'éviter que le législateur introduise dans la loi son propre jugement de valeurs¹¹.

Cette discrétion judiciaire, entraîne toutefois une imprévisibilité considérable des décisions, puisque ces dernières varient selon chaque enfant, et que le juge est lui-même

⁷ *Droit de la famille* – 091052, 2009 QCCA 888, para. 39.

⁸ *MacGuyver c Richards*, 1995 11 RFL (4th) 432 CA Ont., à la p 443.

⁹ « Une certaine catégorie d'expressions normatives caractérisées par l'absence de toute prédétermination et l'impossibilité de les appliquer sans procéder au préalable à une appréciation ou à une évaluation, c'est-à-dire en plaçant le fait auquel on les rapporte sur une échelle des valeurs (étalonnage). Ainsi en va-t-il de termes comme « délai raisonnable » « faute grave » « erreur manifeste » « contestation sérieuse » « valeur locative normale » etc » (Philippe Ourliac, « Standard juridique » dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, à la p 581.

¹⁰ *Young c Young*, *supra*, note 3.

¹¹ Nicholas Bala, « Judicial Discretion and Family Law Reform in Canada » (1986) 5 Can. J. Fam. L. 15, à la p 31.

empreint de subjectivité. La perception du juge variera selon son vécu et ses valeurs¹². S'il est complexe pour le juge d'appliquer une norme objective en faisant abstraction de ses préjugés relatifs à la situation qui lui est soumise, ces préjugés et valeurs seront d'autant plus difficiles à évacuer en présence d'une règle d'évaluation discrétionnaire, ce qui est le propre du standard juridique. Il n'en demeure pas moins que le juge étant dans l'obligation de motiver son jugement, il ne saurait apprécier le meilleur intérêt de l'enfant en l'espèce sans présenter son interprétation de ce standard. Il ne peut en effet décider de façon arbitraire.

Certaines tendances se sont développées depuis les 30 dernières années dans l'interprétation de ce standard lors de l'évaluation des capacités parentales et des besoins de l'enfant dans les litiges concernant les enfants de couples séparés ou en voie de séparation. En effet, jusqu'au milieu des années 1990, l'étude de la jurisprudence permettait de recenser des décisions majoritairement en faveur d'une garde exclusive avec droits d'accès¹³. Ces gardes exclusives étaient accordées dans la plupart des cas aux mères, jusqu'alors considérées plus aptes et plus disponibles que les pères pour exercer la garde de leurs enfants, plus particulièrement dans le cas des enfants en bas âge. Les juges plaçaient généralement au premier plan de leur analyse la stabilité de l'enfant, et vérifiaient lequel des deux parents avait jusqu'alors le mieux répondu aux besoins de l'enfant afin de lui en accorder la garde¹⁴.

¹² Andrée Lajoie, « Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit », coll. « Les voies du droit », Paris, Presses Universitaires de France, 1997 à la p 224.

¹³ Portrait de famille : continuité et changement dans les ménages du Canada en 2006, *Recensement de 2006, Statistiques Canada*, N-97-553-X1F.

¹⁴ Michel Tétrault, « La garde alternée et les tribunaux : une option ou la solution ? », Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en garde alternée*, Montréal, le 27 avril 2006, à la p 5.

Depuis la fin des années 1990, les juges accordent toutefois de plus en plus de place à la garde alternée comme solution dans les litiges de garde¹⁵. La garde alternée est un concept qui renvoie à la présence physique de l'enfant chez l'un et l'autre de ses parents dans une proportion plus ou moins égale, d'au moins 40 % annuellement pour l'un et l'autre des parents¹⁶. Ces périodes de garde sont exercées en alternance entre les parents mais les modalités de ces alternances peuvent varier.

Cette augmentation s'explique notamment par la présence accrue des femmes sur le marché du travail, par le désir grandissant des pères de s'impliquer dans l'éducation des enfants et par le principe de l'égalité entre les sexes, qui fait de plus en plus partie de nos mœurs¹⁷.

Enfin l'analyse de la jurisprudence rendue depuis les dix dernières années permet de constater que, si de plus en plus de juges accordent la garde alternée au nom de la maximisation des contacts entre l'enfant et chacun de ses parents, d'autres continuent à prôner la stabilité émotionnelle de celui-ci en confiant sa garde à son « premier pourvoyeur de soins », soit le parent qui a toujours été la figure dominante dans la vie de l'enfant.

Les décisions rendues en matière de garde peuvent donc engendrer un sentiment d'incohérence importante chez les justiciables qui sont alors dans l'incapacité de prévoir la décision du juge dans leur cas particulier. À titre d'illustration, la Cour d'appel, qui ne renverse les décisions de première instance qu'en présence d'erreurs de droit ou d'erreurs de faits manifestement déraisonnables, a rendu au cours de l'année 2009 les trois décisions suivantes, qui, au point de vue du résultat, peuvent sembler incohérentes à première vue :

¹⁵ Statistiques Canada, *supra*, note 13.

¹⁶ Art 6 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, LRQ, c C-25, r2.

¹⁷ Tétrault, *supra*, note 14.

- Accorder la garde alternée d'une enfant âgée de moins de deux ans¹⁸, mentionnant que la présomption selon laquelle il serait dans le meilleur intérêt de l'enfant en bas âge d'être avec sa mère ne saurait fonder la décision en matière de garde et qu'il faut prendre en considération les capacités parentales du père;
- Modifier les modalités de la garde alternée dans le cas d'un enfant de 9 ans dont la capacité parentale des parents était équivalente estimant que le juge de première instance n'avait pas erré en droit¹⁹ mais qu'elle n'avait pas motivé la raison de son choix des modalités de la garde alternée et que cette dernière entraînait trop de déplacements pour l'enfant;
- Confirmer l'accord de la garde alternée de deux enfants d'âge préscolaire estimant que le juge de première instance avait pris en compte le fait que le père avait des

¹⁸ *Droit de la famille – 091541*, 2009 QCCA 1268. La Cour énonce : « [44] [...] a commis une erreur déterminante en excluant d'emblée et par principe la garde partagée dans le cas d'un enfant en bas âge, et ce, en se réclamant du meilleur intérêt de celui-ci, mais sans considérer les critères établis par la jurisprudence en la matière ni examiner la preuve en conséquence. Elle s'est appuyée uniquement sur ses convictions, formées par l'expérience, ainsi que sur sa connaissance d'études qui n'ont pas été identifiées précisément et que les parties n'ont pas eu l'occasion de consulter ou de commenter ». Et « [55] [...] Si elle n'a pas accordé la garde partagée, ce n'est donc pas en raison des carences du père, mais bien parce qu'elle estime qu'une garde partagée, en principe, n'est pas dans l'intérêt d'un enfant aussi jeune que celui des parties et parce qu'elle estime aussi que, la mère ayant été la figure dominante, elle doit continuer de l'être vu l'âge de l'enfant, et ce, sans égard aux capacités du père ».

¹⁹ *Droit de la famille – 091113*, 2009 QCCA 925. La Cour énonce : « [26] Dans ce contexte, il est étonnant que les droits d'accès de l'appelant soient limités à deux semaines pendant la période estivale. En effet, puisque la capacité parentale des deux parents est pleinement reconnue par la juge et que pendant la période estivale il n'y a pas le même besoin d'une routine que pendant la fréquentation scolaire, pourquoi s'en tenir à deux semaines? [...] [30] Dans ces circonstances, je suis d'avis que la Cour peut intervenir pour modifier les modalités d'accès en période estivale afin que l'enfant puisse résider en alternance chez son père et sa mère et réduire ainsi le nombre de ses déplacements pendant cette période. Pour ce qui est du reste de l'année, à l'usage, les parents pourront convenir d'un horaire différent qui pourrait minimiser les déplacements tout en préservant les périodes de résidence avec le père ».

antécédents de violence conjugale mais évalué que cela n'affectait pas ses capacités parentales²⁰.

Bien que le résultat des litiges de garde dépende en grande partie de la particularité des faits qui sont soumis au Tribunal, ce qui peut expliquer des disparités au niveau des résultats, il n'en demeure pas moins que les issues des litiges ayant pour unique base légale le meilleur intérêt de l'enfant peuvent valablement être qualifiées d'incertaines²¹. Ceci complique donc considérablement la tâche du praticien qui souhaite conseiller son client en pareille matière.

Afin d'éviter de telles incertitudes dans des litiges de garde qui sont de plus en plus coûteux, de créer des tensions supplémentaires au sein de la famille et de ne pas placer l'enfant dans des conflits de loyauté, il semble qu'il serait dans l'intérêt de tous, y compris l'enfant, d'objectiver la norme applicable en matière de garde et d'accès en y incluant une présomption simple de garde alternée. Cette présomption légale aurait pour effet d'alléger le fardeau de la preuve du parent demandant la garde alternée, puisque ce mode de garde serait présumé être dans le meilleur intérêt de l'enfant. Le parent considérant qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant qu'il en soit ainsi aurait le fardeau de le démontrer au tribunal.

²⁰ *Droit de la famille* – 092467, 2009 QCCA 1927. La Cour énonce : « [5] En considérant le caractère discrétionnaire des décisions en matière de garde d'enfant et la retenue qui s'impose en appel, les griefs de l'appelante ne permettent pas de démontrer que le juge a commis une erreur de droit ou une erreur importante dans l'appréciation des faits. [6] Contrairement à ce que plaide l'appelante, le juge a considéré les antécédents de violence de l'intimé. Bien que celui-ci ait fait preuve dans le passé de comportements violents à l'endroit de l'appelante (et ce, en présence des enfants), il ressortait de la preuve qu'il n'était pas violent à leur endroit et qu'il s'acquittait de ses devoirs parentaux ».

²¹ Sylvie Schirm, « Commentaire sur la décision *P (V.) c F. (C)*, sub nom *Droit de la famille* – 091541 – La garde alternée : vaut-il la peine de s'y opposer ? » dans Repères, *Droit civil en ligne*, EYB 2010REP907 à la p 4.

Les unions étant de moins en moins longues²² et la mère étant dans la plupart des cas plus présente que le père dans les premières années de la vie de l'enfant (notamment en raison du congé de maternité et de l'allaitement, par exemple), une analyse du meilleur intérêt de l'enfant fondée sur la relation passée, telle qu'elle est faite actuellement, entre le parent et l'enfant tend à ajouter un fardeau à la démarche judiciaire du père désireux de s'impliquer dans le futur²³. Une présomption de garde alternée aurait donc pour effet de contribuer à alléger considérablement le fardeau de preuve du parent qui, autrement, présenterait une demande de garde alternée, soit dans 82%²⁴ des cas, le père. Ceci éviterait à ce dernier de faire la preuve qu'il est dans l'intérêt de l'enfant que son temps soit partagé de façon plus ou moins égale entre ses deux parents et pour cela de faire la preuve de ses bonnes capacités parentales et que l'enfant a besoin d'être avec lui.

Sur le plan psychologique, les études démontrent que les effets émotionnels et affectifs ressentis par l'enfant suite à la séparation de ses parents ne résulteraient pas de la séparation comme telle, mais plutôt des conflits parentaux²⁵. Ceci pousse certains auteurs à conclure que, en présence de tels conflits, les enfants souffriraient plus lorsqu'ils seraient l'objet de mesures de garde alternée²⁶. La garde alternée nécessite en effet une meilleure collaboration entre les parents qu'une garde exclusive, particulièrement en ce qui concerne l'exercice des attributs de l'autorité parentale tels que l'éducation de l'enfant. En présence

²² Les unions de fait durent en moyenne 4.3 ans alors que les unions mariées durent en moyenne 7 ans, Statistiques Canada, *supra*, note 13.

²³ Tel qu'exposé par la juge Bich dans *Droit de la famille - 091113*, *supra* note 19.

²⁴ Ines LeRoy, « La garde alternée, une présomption jurisprudentielle » (2006) 27 (1) *Revue québécoise de psychologie* 33.

²⁵ Martha Shaffer, « Joint Custody, Parental Conflict and Children's Adjustment to Divorce : What the Social Literature Does and Does not Tell Us » (2007) *Can J Fam Law*, à la p 300.

²⁶ Gerard W. Hardcastle, « Joint Custody, A Family Court Judge's Perspective » (1999) 32 *Fam. L.Q.* 201, à la p 122.

d'une garde alternée, les parents ne peuvent trancher seuls que durant une période d'une semaine sur deux (ou au mieux, 60% du temps)²⁷ les débats sur les décisions quotidiennes relatives à la vie de l'enfant²⁸. Les enfants se retrouveraient donc à expérimenter plus de conflits de loyauté entre les deux parents, en cas de divergence quant aux routines adoptées chez les deux parents.

Un important courant jurisprudentiel milite en la défaveur d'une garde alternée lorsque les parents sont en situation conflictuelle avérée²⁹. Or, une très récente étude menée au Québec tend à démontrer que les modalités de garde ne jouent aucun rôle modérateur en cas de conflit entre les parents³⁰. Bien que la situation ne soit pas idéale, une garde alternée forcerait l'enfant à se faire sa propre opinion et sa propre conception de son parent dénigré, ce qui favorisera le maintien de ses liens et de ses contacts avec ce dernier³¹. La Cour d'appel a d'ailleurs rappelé³² au cours des dernières années que les conflits entre parents ne devaient pas faire échec à la garde alternée.

Sur le plan politique, depuis la fin des années 1990, et plus particulièrement depuis l'adoption de la Politique familiale de 1997³³, l'État québécois insiste de plus en plus sur

²⁷ Art 6 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, LRQ, c C-25, r2.

²⁸ Shaffer, *supra*, note 24.

²⁹ Voir par exemple : *C (G.) c T. (S.)*, EYB 2006-99495 (CS), *C (M.) c B. (C)*, REJB 2005-92087 (CS), *G. (R.) c R. (M.-J.)*, EYB 2002-32075 (CS), *L. (D.) c B. (R.)* REJB 1999-13696 (CS), *D. (M.J.) c D. (J.)*, REJB 1998-08469 (CA).

³⁰ Jérôme Ouellet, « Adaptation de l'enfant, conflits parentaux et relations parent-enfant en garde partagée et en garde seule » Mémoire doctoral présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en psychologie, Québec, 2012.

³¹ Diane Pérusse, « L'expertise psychosociale » Conférence, Association du Jeune Barreau de Laurentides-Lanaudière, le 29 novembre 2011.

³² *Droit de la famille - 091541*, EYB 2009-160821, *W. (D.) c G. (A.)*, REJB 2003-42518, *L. (T.) c P. (L.A.)*, REJB 2002-34955.

³³ Ministère de la Famille et de l'Enfance, *Présentation du Ministère de la Famille et de l'Enfance et des nouvelles dispositions de la politique familiale*, Québec, Gouvernement du Québec (1998).

l'importance du rôle du père quant au partage des responsabilités familiales entre les deux parents. Ce faisant, il a mis en place des mesures, telles le congé de paternité de cinq (5) semaines non transférable³⁴, et les garderies à 7 \$³⁵, afin de placer les deux parents sur le même pied d'égalité en matière de partage des responsabilités familiales et professionnelles. La mise en place d'une présomption de garde alternée serait donc une intervention législative québécoise tout à fait cohérente.

Sur le plan sociologique, suite à l'application de la Politique familiale et notamment du discours gouvernemental, les pères sont impliqués de plus en plus tôt dans la vie de leur enfant et il est désormais admis que les pères d'aujourd'hui sont plus engagés dans la vie familiale que l'étaient leurs propres pères.³⁶ En effet, les pères des générations précédentes étaient contraints de passer le plus clair de leur temps à l'extérieur du domicile; ils assumaient entièrement le rôle de pourvoyeur économique de la famille, lui assurant sécurité et stabilité économique. Les pères d'aujourd'hui sont à l'inverse engagés tant au plan affectif qu'à celui de l'éducation, des soins et des interactions avec leurs enfants³⁷.

Il semble donc qu'il soit dans le meilleur intérêt de l'enfant, sur le plan psychologique, qu'une présomption légale de garde alternée soit instaurée et il nous semble que l'adoption de cette présomption constitue une intervention législative cohérente et réaliste.

La thèse qui sera défendue dans le présent mémoire de maîtrise est celle de la nécessité d'une présomption légale simple de garde alternée en droit québécois. Cette

³⁴ Art 81.2 *Loi sur les normes du travail*, LRQ c. N-1.1.

³⁵ Art 5 du *Règlement sur la contribution réduite*, LRQ c S-4.1.1., r.1.

³⁶ Diane Dubeau, « Le père engagé » dans *Transition*, vol 32, Ottawa, Institut Vanier de la Famille, 2002, à la p 8.

³⁷ *Ibid.*

présomption aurait pour effet de décharger de son fardeau de preuve le parent qui souhaite demander la garde alternée, pour le déplacer sur les épaules du parent souhaitant obtenir une garde exclusive.

Cette présomption légale devrait toutefois n'être qu'une présomption simple, en ce qu'un juge devrait pouvoir bénéficier de toute la latitude requise pour la renverser au cas où il était démontré qu'il est plus probable qu'improbable³⁸ que cette modalité de garde ne réponde pas au meilleur intérêt de l'enfant. En effet, bien que nous sommes d'avis que la norme actuelle devrait être objectivée, il semble nécessaire que le standard mis en place depuis environ une trentaine d'années dans la majorité des états occidentaux³⁹, à savoir le meilleur intérêt de l'enfant, demeure la pierre angulaire des décisions à être prises à son endroit.

Il semble toutefois que le meilleur intérêt des enfants en général milite en faveur de la mise en place d'une telle présomption. Les textes législatifs actuellement en vigueur permettent d'ailleurs à notre avis aux tribunaux de l'appliquer. Par ailleurs, une partie de la jurisprudence applique une présomption de garde alternée, à mots couverts, alors qu'une autre partie se fonde sur des critères favorisant largement l'octroi de la garde exclusive à la mère. Dans ce contexte, il importe de modifier la législation en vigueur afin de clarifier l'existence d'une telle présomption, ce qui devrait tendre à limiter l'imprévisibilité des décisions judiciaires, et de l'encadrer afin d'assurer le meilleur intérêt de l'enfant.

Notre étude visera donc, dans un premier temps, à étudier la loi actuelle et le sens que la jurisprudence et la doctrine lui ont donnée afin de vérifier, d'une part, si les juges

³⁸ Art 2804 CcQ.

³⁹ Jean Zermatten, « L'intérêt de l'enfant : de l'analyse littérale à la portée philosophique » Rapport de travail, 2003, Institut international des droits de l'enfant, en ligne : http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf, consulté le 19 juillet 2012.

pourraient appliquer une présomption de garde alternée en appliquant la loi actuelle. Puis, après avoir étudié le droit de garde et le standard du meilleur intérêt qui guide les tribunaux dans son application, nous nous pencherons sur la jurisprudence québécoise des dix dernières années en matière de garde, afin de vérifier la façon dont les juges l'appliquent. En raison de la grande discrétion judiciaire accordée aux juges dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant ⁴⁰, nous analyserons les facteurs auxquels ils attachent majoritairement de l'importance, en vérifiant si ceux-ci tendent ou non à pénaliser l'un des deux parents. Nous vérifierons également si une présomption de garde alternée est appliquée par la jurisprudence.

Nous analyserons également le contexte politique québécois, pour vérifier la possibilité d'amender le Code civil pour introduire une telle présomption. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur les débats ayant eu lieu au Canada depuis les années 1980 sur cette question, et plus particulièrement au tournant des années 2000, dans le cadre de la présentation du Projet de Loi C-22, visant à réformer la Loi sur le divorce, puisqu'il avait longuement été discuté de la possibilité d'introduire une telle présomption. Les groupes sociaux, de même que les scientifiques, avaient donc été amenés à prendre position sur la question, particulièrement sous l'angle du meilleur intérêt de l'enfant.

Dans ce même souci de mettre en contexte nos prétentions, nous nous pencherons sur la politique familiale québécoise afin de s'assurer de l'effectivité d'une telle mesure. En effet, il n'est pas à souhaiter d'instaurer une présomption légale de garde alternée si le fardeau des responsabilités parentales n'incombe au final qu'à un seul des deux parents. Cette situation aura tendance à augmenter les conflits et à imposer un lourd fardeau sur le parent

⁴⁰ Notamment *Young c Young*, *supra*, note 3 et *Van De Perre c Edwards*, [2001] 2 RCS 104.

« responsable », majoritairement la mère⁴¹, en plus de lui imposer un fardeau financier additionnel⁴². Nous vérifierons donc si le Québec offre aux parents les outils nécessaires afin de privilégier un partage des responsabilités parentales avant et après la désunion.

⁴¹ Michelle Giroux, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture: une matière à débat » (1998) 77 *Revue du B Can* 354.

⁴² *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants* c C-25, r6

CHAPITRE I

1 L'EXISTENCE D'UNE PRÉSUMPTION LÉGALE DE GARDE ALTERNÉE AU QUÉBEC

1.1 Le fondement de la garde d'enfant : l'autorité parentale

Avant d'analyser la façon dont les juges procèdent en cas de garde d'enfant contestée et les résultats auxquels ils parviennent, il importe d'examiner le cadre juridique avec lequel les acteurs du système judiciaire doivent composer.

Le but de cette démarche est double : vérifier si les acteurs du système judiciaire ont en main les outils nécessaires pour conclure à une présomption de garde alternée et vérifier s'ils l'appliquent dans les faits.

1.1.1 Historique

Instaurée par le Code civil du Québec en 1977¹, l'autorité parentale remplace la traditionnelle « puissance paternelle »², qui conférait alors au père le plein pouvoir décisionnel relatif à l'enfant. Issue du droit romain, cette conception de la puissance

¹ *Loi modifiant le Code civil du Québec*, projet de loi 65, 2e session, 31^{ème} législature, Québec, sanctionnée et entrée en vigueur le 17 novembre 1977.

² Art 242 CcB.c

paternelle conférait également le droit de garde au père en cas de désunion³. Elle fut toutefois tempérée par l'instauration du standard du « meilleur intérêt de l'enfant » par la jurisprudence⁴.

Cette conception de puissance paternelle peut paraître paradoxale compte tenu qu'avant l'adoption de la Loi 89, en 1977, la mère était encore majoritairement celle qui voyait seule aux soins à prodiguer aux enfants⁵. La puissance paternelle est le reflet du statut absolu de chef de famille du père dans la société patriarcale.

Dans la foulée des discussions relatives aux droits humains et de l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne⁶, l'autorité parentale fut instituée afin de placer les deux parents sur un même pied d'égalité en ce qui concerne l'enfant⁷.

1.1.2 Droits-fonctions

En 1980, dans le cadre de la réforme du droit de la famille québécois, une autre modification fut apportée en ce qui a trait à l'autorité parentale : elle est désormais subordonnée au bien être de l'enfant. Ainsi, l'article 599 C.c.Q. prévoit que les composantes de l'autorité parentale sont (1) la garde, (2) l'éducation et (3) la surveillance de l'enfant, lesquelles sont à la fois des droits et devoirs des parents envers l'enfant. Ils doivent également le nourrir et l'entretenir. Les parents ne détiennent plus de droits sur leur enfant.

³ Edith Deleury et al., « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité » (1974) 15 C de D 777

⁴ *Stevenson c Florant*, 1927 AC 211, *Dugal c Lefebvre*, [1934] RCS 501.

⁵ Michelle Boivin, « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique » (1986) 2 Can J Women & L 53.

⁶ La Charte québécoise est entrée en vigueur en 1975.

⁷ *P(D.) c S. (C)* 1993 4 RCS 141 à la p. 24; Renée Joyal « La Loi 89 et l'autorité parentale » (1983) 13 RGD 97 à la p 97; Éthel Groffier-Atala « De la puissance paternelle à l'autorité parentale » 1977 8 RGD 223 à la p 224; Le projet de révision du Code civil précisait que cette autorité est attribuée aux parents pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations envers leurs enfants. Voir ORCC, *Rapport sur la famille* (2^e partie), Montréal, XXXVI, 1975, art 4. Voir aussi : E. Deleury et al *supra* note 3, à la p 821.

Ils sont plutôt tenus à des obligations et à des devoirs.

Comme le soulignait l'honorable Albert Mayrand dans son article⁸ faisant autorité sur la question :

Les trois fonctions principales de l'autorité parentale ainsi imbriquées l'une dans l'autre forment un tout, une pyramide dont le sommet, l'éducation, s'appuie sur les deux autres (garde et surveillance), qui sont les moyens d'y parvenir.⁹

Les trois composantes de l'autorité parentale sont, par conséquent, des droits-fonctions¹⁰, dont l'éducation est l'élément clé. Pourrait-on lire dans cet article une ouverture à une présomption de garde alternée¹¹ ? Selon la jurisprudence et la doctrine, il semble toutefois que non¹².

1.1.3 L'exercice conjoint de l'autorité parentale

En principe, les différents attributs de l'autorité parentale sont exercés conjointement par les parents¹³. Il existe en effet une exception à ce principe puisque, lorsque les parents sont séparés, il devient théoriquement impossible pour ceux-ci de se consulter et de s'entendre relativement à toutes les décisions concernant l'enfant. Au Québec, même un parent qui n'a pas la garde de l'enfant mais uniquement des droits d'accès à l'égard de celui-ci, pourra et devra s'impliquer dans le processus décisionnel relié à l'enfant. La jurisprudence québécoise effectue toutefois une exception à ce principe, en précisant que les décisions qui relèvent du

⁸ Albert Mayrand, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale » (1988) 67 R. du B. 193.

⁹ *Ibid.*, à la p. 197.

¹⁰ Nicole Roy, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille » (2001) 61 R. du B. 51, à la p. 72.

¹¹ Ines LeRoy, « La garde partagée, une présomption jurisprudentielle » (2006) 27 (1) *Revue québécoise de psychologie* 33.

¹² *P. (D.) c. C. (S.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, C. (G.) c. V.-F. (T.), 1987 2 R.C.S. 244., *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 107.

¹³ Art 600 CcQ.

quotidien de l'enfant doivent être prises par le parent qui en a la garde sans qu'il n'ait systématiquement à consulter l'autre¹⁴. Il en va autrement pour les décisions d'importance concernant l'enfant (telles que le choix d'école et des activités sportives ou culturelles auxquelles il participe régulièrement, les soins, de sa religion etc.), qui doivent être prises par les deux parents. En cas de désaccord irréconciliable, les parties devront s'adresser au tribunal¹⁵.

1.1.4 L'existence d'une présomption de garde alternée dans la loi ?

1.1.4.1 La notion de présomption

Sur le plan conceptuel, la présomption est difficile à définir, en ce que la définition contenue au Code civil du Québec énonce simplement qu'il s'agit de tirer des faits inconnus des faits connus¹⁶.

Une auteure définit la présomption comme une « opération de l'esprit par laquelle on admet l'existence d'un fait qui n'est pas directement démontré mais qui est rendu vraisemblable par la preuve supposée ou rapportée d'un autre fait »¹⁷. Selon elle, la présomption suppose :

Un déplacement du fait à prouver, l'objet de la preuve glissant du fait qu'il s'agit en définitive d'établir à un autre fait qu'il suffira de démontrer à sa place. Au lieu de prouver directement le fait A, on se contente de la preuve du fait B qui rend A vraisemblable. Le raisonnement est à la fois inductif et déductif et peut transiter par un principe général¹⁸.

La présomption est un remède à une difficulté de preuve, car le plus souvent le fait

¹⁴ *D. (W.) c A. (G.)*, [2003], R.J.Q. 1411 (CA).

¹⁵ Art 612 CcQ.

¹⁶ Art 2846 CcQ.

¹⁷ Isabelle De Lamberterie, « Préconstitution des preuves, présomptions et fictions » (2004) 9 *Lex Electronica* 2, Montréal à la p 4.

¹⁸ *Ibid.*

préssumé est plus difficile à prouver que le fait retenu¹⁹. Elle joue donc un rôle déterminant dans la gestion et l'administration de la preuve par le tribunal.

Il en existe deux grandes catégories, soit les présomptions de fait et les présomptions légales²⁰. Les présomptions de fait sont celles qui permettent au tribunal de tirer d'un fait connu un fait inconnu²¹. Elles ne sont pas prévues dans la loi et ressortent de la discrétion du tribunal qui peut conclure de circonstances graves, précises et concordantes, la preuve d'un fait sans qu'il n'ait spécifiquement été prouvé²². Elles laissent donc au tribunal pleine discrétion quant à l'appréciation de ces circonstances graves, précises et concordantes.

Les présomptions légales, quant à elles, sont établies par la loi, et dispensent d'une partie de la preuve ceux auxquels elle profite²³. Par exemple, la présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale en cas de faute commise par l'enfant²⁴. Il suffit de prouver l'identité du titulaire de l'autorité parentale pour qu'elle reçoive application.

Comme le soulignait un auteur, les présomptions légales sont des « anticipation[s] du jugement sur une réalité insuffisamment connue, ou mieux, [un] acte volontaire de l'esprit, tenant pour certain ce qui est douteux, pour avéré ce qui est tout au plus probable »²⁵.

La présomption de garde alternée telle que proposée dans le présent mémoire est une présomption légale, dispensant le parent qui souhaite obtenir une garde alternée de démontrer que celle-ci est dans le meilleur intérêt de l'enfant. On tirerait alors d'un fait connu (le lien de

¹⁹ *Ibid*, voir aussi Charles Perelman et al., « Les présomptions et les fictions » Bruxelles, Bruylant, 1974, p 340.

²⁰ Art 2847 et 2849 CcQ.

²¹ Art 2846 CcQ.

²² Art 2849 CcQ.

²³ Stefan Goltzberg « Esquisse de typologie de l'argumentation juridique », (2008) 21 (4) *Revue internationale de Sémiotique juridique* à la p. 367.

²⁴ Art 1459 CcQ.

²⁵ François Geny « Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, T. III : Élaboration technique du droit positif » Paris, Société du recueil Sirey, 1913-1930 264.

filiation entre le parent et l'enfant) un fait inconnu (il est dans le meilleur intérêt de l'enfant qu'il passe du temps avec son parent et que pour se faire, la garde soit alternée). Le droit présumerait alors qu'il est dans le meilleur intérêt de l'enfant que le temps de garde de l'enfant soit partagé de façon égale entre ses deux parents. Ce faisant, il prendrait position sur ce que constitue de manière générale le meilleur intérêt de l'enfant.

Il existe deux sous-catégories de présomptions légales, à savoir la présomption simple et la présomption absolue. La présomption absolue rend toute preuve à son sujet inutile, voir irrecevable, il en est ainsi de l'autorité de la chose jugée²⁶, ou de la présomption de validité du contenu de l'acte authentique²⁷. La présomption simple, quant à elle, peut être renversée lorsqu'il est démontré que ce que la loi présume est inexact dans le cas d'application.

Selon nous, la présomption légale de garde alternée devrait être simple, aux fins de préserver la réalité de l'application du principe du meilleur intérêt de l'enfant, qui est capital en droit de la famille. En effet, un parent croyant que la garde alternée n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant devrait pouvoir en faire la démonstration au Tribunal et celui-ci, en venir à la conclusion que la garde alternée représente une solution contraire au meilleur intérêt de l'enfant si tel est le cas.

Dans un premier temps, il paraît opportun de vérifier les dispositions législatives actuelles afin de déterminer s'il existe ou non une telle présomption dans les textes de lois.

Comme nous le mentionnions plus haut, l'autorité parentale a été adoptée afin de créer une égalité entre les deux parents. Or, elle fut instaurée dans un contexte où la garde

²⁶ Art 2848 CcQ.

²⁷ Art 2818 CcQ.

était encore majoritairement confiée à la mère²⁸. La garde alternée commencera à être de plus en plus populaire après le milieu des années 1990²⁹.

Le démembrement qu'effectuent la jurisprudence et la doctrine québécoises actuelles, la garde pouvant être séparée du devoir d'éducation et de surveillance, peut conduire à des résultats allant à l'encontre du principe d'égalité entre les parents que le législateur souhaitait instaurer en éliminant le concept de puissance paternelle. En effet, si l'éducation de l'enfant est le haut de la pyramide de l'autorité parentale et que la garde et la surveillance ne sont que les façons de l'exercer, comme le soutenait Mayrand³⁰, comment peut-on prétendre que les parents ont les mêmes droits et devoirs à l'égard de l'enfant si l'on retire à l'un d'entre eux l'exercice de la garde, qui constitue le principal moyen de pouvoir s'impliquer efficacement dans l'éducation de l'enfant ?

La Cour suprême a d'ailleurs cité avec approbation les propos suivants du Mayrand sur le rôle du parent non gardien, reconnaissant donc, du moins tacitement, cette inégalité dans les rôles :

Le devoir d'éducation de son enfant par le parent non gardien est considérablement affaibli et modifié dans les conditions de son exercice, mais il n'en est pas pour autant impossible. En effet, quand il exerce ses droits de visite et de sortie, le parent privé de la garde peut prendre l'initiative de la surveillance et de l'éducation de son enfant³¹.

²⁸ En 1990, 74% des enfants de couples séparés vivaient en garde exclusive, Source : Institut de la Statistique du Québec, « Les conditions de vies » 2002 7 Bulletin - Données sociodémographiques en bref, p 2 en ligne : <http://206.167.148.80/publications/conditions/pdf/brefoct02.pdf>, consulté le 20 juillet 2012.

²⁹ En 2000, une garde alternée était mise en place dans 23% des cas, contre 7% en 1990. Source : *Ibid.*

³⁰ Mayrand, *supra*, note 8.

³¹ *PD. c S.C.*, *supra*, note à la p 30.

En l'état du droit actuel, les parents doivent se consulter et convenir ensemble des décisions relatives à l'éducation de l'enfant, que l'enfant soit en garde alternée ou en garde exclusive³². Toutefois, la doctrine signale depuis plusieurs années l'impossibilité théorique pour le parent non gardien de voir à l'éducation de l'enfant, sauf pour les questions d'importance³³. La jurisprudence plus récente de la Cour d'appel³⁴ insiste toutefois fortement sur le droit du parent non gardien d'être informé des décisions concernant l'enfant et les juges n'hésiteront pas à rendre des ordonnances claires à ce sujet³⁵. En pratique, ces règles sont toutefois fort difficiles d'application lorsqu'un parent n'a pas la garde de l'enfant, ses contacts avec celui-ci étant plus limités.

La province de l'Ontario a résolu ce problème en instituant le *parallel parenting* en cas de garde alternée, qui permet d'établir des champs de compétence propres à chacun des parents quant aux décisions concernant l'enfant, pour lequel le parent décidera seul³⁶. Cette conception n'est toutefois pas appliquée par la jurisprudence québécoise³⁷.

Des études ont démontré le désengagement des pères suite au divorce ont démontré que le parent qui n'a pas la garde se voit dans une position défavorisée par rapport au parent gardien quant à son rôle d'éducation. Les pères ayant accès à leur enfant sur une base fréquente et régulière seraient plus enclins à en prendre soin et à développer une relation

³² Art 600 CcQ; Dominique Goubau « Réforme du divorce et exercice conjoint de l'autorité parentale : la perspective du droit civil québécois » Document de référence, Ministère de la Justice du Canada, 2000, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/fea-fcy/bib-lib/rap-rep/2001/2000_3b/2000_3b.pdf

³³ Mayrand, *supra*, note 8; Dominique Goubau « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille 1995*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 25.

³⁴ *D.W. c A.G.*, *supra*, note 14.

³⁵ Pour des exemples, voir : Lavery De Billy, *Les procédures en matière familiale*, Collection Points de droit, Cowansville, Yvon Blais, 2001.

³⁶ Voir par exemple : *M. (T.J.) v. M. (P.G.)*, [2002] O.J. 398

³⁷ *D.W. c A.G.*, *supra*, note 14.

significative avec celui-ci³⁸. Les parents non gardiens tenus à l'écart par le parent gardien auraient tendance à cesser progressivement les contacts avec l'enfant et à cesser de s'impliquer auprès de celui-ci³⁹. Les raisons invoquées par ces pères sont qu'ils ne peuvent plus soutenir l'opposition constante avec le parent gardien, leur perte effective d'autorité parentale ainsi que leur perte d'estime personnelle relativement à leur rôle de père⁴⁰.

Cette situation créerait donc, dans les faits, une certaine inégalité entre les parents gardien et non gardien dans l'exercice de l'autorité parentale.

Nous procéderons dans une section ultérieure à l'étude de la jurisprudence pertinente en matière de garde, afin de vérifier notamment si l'un des deux parents est privilégié de par son sexe et le rôle traditionnel y étant associé dans cet octroi de la garde.

Il semble toutefois qu'une interprétation fondée sur le but de la Loi modifiant le Code civil portant réforme du droit de la famille⁴¹, dite Loi 89 pourrait pousser les tribunaux à conclure que les dispositions 599 et 600 du Code civil du Québec constituent une

³⁸ Deborah Luepnitz « A Comparison of Maternal, Paternal, and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life », (1986) 9 Journal of Divorce 112; Judith Brown Greif, « Fathers, Children and Joint Custody », (1979) 49 American Journal of Orthopsychiatry 311.

⁴⁰ Judith Jennison « *The Search for Equality in a Woman's World: Fathers' Rights to Child Custody* », (1991) 43 Rutgers Law Review 1141.

⁴¹ LQ 1980, c 39 « Le projet de loi 89, portant sur la réforme du droit de la famille, s'appuie sur deux principes fondamentaux : l'égalité totale des époux entre eux et devant la loi, ainsi que le respect de la liberté des personnes. Cette Loi instituant le nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille sera en vigueur à partir du 2 avril 1981. Elle apporte plusieurs nouveaux éléments comme l'égalité des époux telle que définie par l'article 392 du Code civil du Québec qui dit que «les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations; qu'ils se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance et qu'ils sont tenus de faire vie commune». Parmi les autres éléments, on retrouve l'élimination du statut de chef de famille de l'homme, des mesures de protection impératives ainsi que la cogestion des époux. C'est par ailleurs en 1981 qu'est instauré le régime primaire et qu'il y a abrogation de la communauté de meubles et acquêts ». École de politique appliquée, Faculté des lettres et des sciences humaines, « Bilan du siècle », Université de Sherbrooke, en ligne : <http://bilan.usherbrooke.ca/bilan/pages/evenements/2972.html>

présomption de garde alternée. Ceux-ci prévoient que la garde de l'enfant, sa surveillance et son éducation sont exercées par les deux parents.

1.1.4.2 L'exercice conjoint de l'autorité parentale et son interprétation

Comme le mentionnait la Cour suprême dans l'arrêt *Laidlaw*, qui fait autorité en matière d'interprétation⁴² :

Tout d'abord, je dois dire que le choix entre les deux interprétations ne peut se fonder uniquement sur les mots employés à l'alinéa [...] Le sens du verbe « refléter » est à mon avis très imprécis. Pour le comprendre il faut examiner tous les articles de la loi et, à mon avis, prendre en considération l'historique de la loi et la situation que le législateur a voulu corriger.

Dans un premier temps, les termes « exercent ensemble leur autorité parentale » contenus à l'article 600 C.c.Q. sont clairs. Selon le dictionnaire Robert, le mot « ensemble » réfère à une situation où deux éléments accomplissent quelque chose simultanément et harmonieusement⁴³. Plus particulièrement, au cours des dernières années, la jurisprudence tend à utiliser le vocable « exercice conjoint » de l'autorité parentale, confirmant cette idée que les parents doivent l'exercer de concert.

Aussi, même en admettant que les termes « exercent ensemble » ne soient pas clairs dans le contexte où les parents se séparent, il convient de se référer à l'objet de la Loi 89. Bien qu'il soit reconnu, tel que nous le mentionnions plus haut, par la jurisprudence et par la doctrine que ce projet de loi avait pour objet de mettre les parents sur un même pied d'égalité, il est essentiel de vérifier les commentaires du ministre et les travaux du parlement sur la

⁴² *Laidlaw Metro Toronto*, [1978] 2 RCS 736, à la p 742.

⁴³ Le nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Dictionnaires le Robert, 2002.

question afin de déterminer « la situation que le législateur a voulu corriger » avec son adoption⁴⁴.

Les dispositions du Code civil du Bas-Canada constitutives de la « puissance paternelle » se lisaient comme suit :

Art. 243. Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage sauf les dispositions contenues dans l'Acte 25 Victoria, chap. 66.

Art. 245. Le père, à son défaut la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé, un droit de correction modéré et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant est confiée.

En cas de séparation des parents, l'article 200 C.c.B.C. énonçait :

200. L'administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants.

Selon l'Office de révision du Code civil, deux idées principales ont inspiré la refonte de l'institution qu'est la puissance paternelle, soit « l'égalité totale des parents et le fait que les droits qui leur sont accordés sur leurs enfants ne leur sont donnés que pour assurer l'exécution de leurs obligations envers eux⁴⁵.

Par ailleurs, cette modification du Code civil fut effectuée dans la foulée de plusieurs autres mesures, étaient prises par le législateur afin de favoriser l'égalité, tant des enfants que des époux. Parmi celles-ci⁴⁶, notons le patrimoine familial, mis en œuvre pour protéger l'égalité des époux suite à la désunion,⁴⁷ l'abolition de l'obligation de la femme de prendre le

⁴⁴ Pour reprendre les termes de l'arrêt *Laidlaw*, précité, note 42.

⁴⁵ Office de Révision du Code civil du Québec, *supra*, note 7.

⁴⁶ Pour une étude complète de ces mesures, voir : Albert Mayrand. « Égalité en droit familial québécois » (1985) R.J.T. 249.

⁴⁷ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux (Projet de loi 146 sur le patrimoine familial)*, L.Q., 1989, c55.

nom de son mari⁴⁸, ce qui la privait d'un nom stable, l'abolition des dispositions abolissant la notion d'enfant illégitime⁴⁹, la cristallisation du principe de l'égalité proportionnelle des contributions des époux eu égard à leurs facultés respectives⁵⁰ et l'égalité des époux envers les tiers pour leurs dettes⁵¹.

Il ne faut pas oublier qu'en 1977 lors de la révision du Code civil du Bas-Canada concernant certaines questions familiales, la garde alternée n'était guère populaire auprès des Québécois. Comme le soulignait d'ailleurs une auteure dans un texte paru en 1977, « l'autre type de fractionnement de garde, son attribution conjointe à des parents divorcés ou séparés, est assez nouveau »⁵². En effet, les premières décisions canadiennes sur ce point datent de 1976⁵³.

Le législateur, dans un souci d'égalité, tel que le mentionnent les travaux de l'Office de révision du Code civil, a tout de même indiqué que les pères et mères exerceraient ensemble l'autorité parentale. Le législateur n'a-t-il pas fait tout ce qui était en son pouvoir à l'époque pour indiquer son intention que tous les attributs de l'autorité parentale, dont bien sur la garde, soient partagés équitablement entre les parents ?

1.1.4.3 La déchéance de l'autorité parentale

Le premier alinéa de l'article 606 C.c.Q. exige deux conditions cumulatives nécessaires au prononcé de la déchéance de l'autorité parentale : la demande doit être fondée sur des

⁴⁸ Art 442 CcQ Signalons l'existence de certaines mesures transitoires accordant à la femme mariée avant le 2 avril 1981, le choix de deux possibilités: soit garder le nom de son conjoint, soit reprendre son nom de naissance.

⁴⁹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c 39, art 42.

⁵⁰ Art 445 al 1. CcB.C

⁵¹ Art 443 CcB.C

⁵² Ethel Groffier-Alta, *supra*, note 7, à la p 230.

⁵³ Voir les arrêts *Fauvreau c Ethier* 1976 CS 48, *Benoît c Bisailon* 1976 CS 1651.

motifs graves et être justifiée par le meilleur intérêt de l'enfant. Une fois la déchéance prononcée, le parent se voit dépouillé de son autorité parentale à l'égard de l'enfant et l'autre parent peut prendre seul toutes les décisions relatives à l'enfant.

La déchéance de l'autorité parentale « constitue un jugement de valeur sur la conduite du titulaire »⁵⁴ et on ne peut la prononcer sans conclure que le titulaire a commis « par action ou abstention, un manquement grave et injustifié à son devoir de parent »⁵⁵. Une fois la déchéance de l'autorité parentale prononcée, les parents doivent démontrer la survenance de circonstances nouvelles, justifiant que la déchéance prenne fin⁵⁶. Ce fardeau est lourd.

Dans le cadre de l'arrêt *C. (G.) c. V. (F.T.)*⁵⁷, il avait été plaidé devant la Cour suprême du Canada que, lorsque la garde de l'enfant était confiée à l'autre parent ou un tiers plutôt qu'à son parent, le parent non gardien se trouvait alors en situation de déchéance partielle de l'autorité parentale. Le raisonnement était le suivant : puisque l'autorité parentale regroupe la garde, l'éducation et la surveillance, le fait de se voir refuser l'exercice du droit de garde conduirait donc à une déchéance partielle de l'autorité parentale.

La Cour suprême a toutefois conclu que « les parents privés de l'exercice de la garde ne perdent pour cela ni le droit de garde lui-même, ni les attributs de l'autorité parentale en général ».⁵⁸ Elle distingue donc l'exercice du droit lui-même.

Nous sommes également d'avis, sur le plan moral, que les parents non gardiens ne devraient pas être privés de la possibilité de demander l'exercice de leur droit de garde si un

⁵⁴ *C. (G.) c. V. (F.T.)*, *supra*, note 6, para 28.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Art 610 CcQ.

⁵⁷ *C. (G.) c. V. (F.T.)*, *supra*, note 6, para 28.

⁵⁸ *Ibid.*, à la p 281, juge Beetz.

changement significatif survenait dans la situation des parties, ce qu'une déchéance d'autorité parentale empêcherait.

Toutefois, en interprétant l'article 600 C.c.Q. tel qu'il est rédigé, nous sommes en accord avec l'argumentation qui n'a pas été retenue par la Cour suprême, à savoir que le fait pour un parent de se voir refuser la garde de l'enfant équivaut du moins à une déchéance partielle de l'autorité parentale, soit de l'attribut de garde, tel que le juge Nichols l'exprimait en Cour d'appel :

Ce n'est donc qu'un pouvoir de surveillance que conserve l'époux qui se voit dépouillé de la garde. Il n'est plus question de participer aux décisions relatives à l'entretien et à l'éducation comme les parents sont autorisés à le faire par l'art. 648 C.c.Q.⁵⁹

Cette déchéance a un effet négatif quant aux autres composantes de l'autorité parentale. Elle fait en sorte que le parent non gardien n'exerce que difficilement les autres composantes de l'autorité parentale quand il n'a pas la garde de l'enfant.

Le fait qu'en responsabilité civile, la responsabilité du parent qui n'a pas la garde de l'enfant et qui ne le voit que peu fréquemment, aux termes des articles 1457 et 1466 C.c.Q., soit généralement exemptée pour le motif que celui-ci n'a pu voir à l'éducation de l'enfant et à sa surveillance, confirme également que celui qui n'exerce pas la garde n'exerce pas réellement l'autorité parentale⁶⁰.

Une modification législative devrait selon nous intervenir afin de clarifier le rôle du parent non gardien ainsi que son pouvoir décisionnel et d'assurer que le parent non gardien ne soit pas déchu de son autorité parentale du fait qu'il ne puisse en exercer valablement tous

⁵⁹ *Droit de la famille* – 320 [1987] RJQ 9 à la p. 12.

⁶⁰ *Williams c Springle*, (1940) 78 CS 507; *Morency c Roberge*, [1946] CS 306; *Richard c Henaire*, [1958] R.L.n.s. 568 (CS); *contra: Deslandes c Paul*, [1950] R.L.n.s. 283 (CS).

les attributs. En effet, une déchéance partielle de l'autorité parentale du parent non gardien impliquerait pour celui-ci qu'il devrait se faire relever de cette déchéance afin d'exercer son droit de garde si la situation de l'enfant changeait⁶¹. Ceci alourdirait inutilement le processus judiciaire et alourdirait d'autant plus le fardeau du père, bien souvent le parent non gardien⁶².

Selon nous, le Code civil du Québec pose une présomption légale de garde alternée, qui déchoit le parent non gardien partiellement de son autorité parentale, en plus de lui ôter, dans les faits, ses droits-fonctions d'éducation et de surveillance. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant énoncé à l'article 33 C.c.Q. peut être vu comme un tempérament à cette présomption, faisant d'elle une présomption simple plutôt qu'une présomption absolue.

1.2 Le critère d'attribution de la garde d'enfant au Québec : le meilleur intérêt de l'enfant

On peut constater à la lecture des dispositions législatives applicables que le meilleur intérêt de l'enfant est la base des décisions qui sont relatives à l'enfant, y compris les décisions de garde.

Nous nous référerons au meilleur intérêt comme à un « standard », c'est-à-dire une notion floue, à contenu variable⁶³. Il s'agit d'une « technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci [...] Le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en terme de normalité »⁶⁴. Comme le soulignaient les auteurs américains Hart et Sacks, un standard diffère d'une règle de droit en

⁶¹ Art 610 CcQ.

⁶² Celui-ci doit justifier « de circonstances nouvelles » selon les termes de l'article 610 CcQ.

⁶³ Charles Perelman et al « Les notions à contenu variable en droit », Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984.

⁶⁴ Stéphane Rials, « Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité) », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, à la p 20.

ce qu'il requiert une application des faits et une interprétation de la norme applicable dans chaque cas d'espèce⁶⁵. Le meilleur intérêt de l'enfant est un exemple typique de ce que représente un standard, accordant une grande discrétion aux juges dans son application⁶⁶. Le meilleur intérêt de l'enfant est également qualifié par certains⁶⁷ de « notion-cadre », tel que le définit Carmen Lavallée :

Le droit connaît ses « notions cadres à contenu variable » dont l'objectif est d'assurer une bonne flexibilité à la norme juridique, telles que « l'ordre public » ou les « bonnes mœurs ». La loi laisse ainsi aux tribunaux le soin de fixer la norme selon les circonstances ayant donné lieu au litige. Toutefois, le recours à une notion-cadre ne pose pas trop de difficultés s'il existe un certain consensus dans l'opinion publique sur l'essentiel de son contenu, ce qui ne semble pas être le cas lorsque vient le temps de déterminer le « bien être de l'enfant »⁶⁸.

Évidemment, certaines situations trouvent consensus dans l'interprétation du standard du meilleur intérêt de l'enfant. Il est par exemple généralement admis qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant qu'il soit battu par l'un de ses parents⁶⁹.

Une auteure qualifie également le standard du meilleur intérêt de l'enfant comme une notion « polymorphe » en ce sens qu'il prendra la forme que le juge saisi du dossier lui donnera au regard des faits soumis, forme qui sera différente d'un cas à un autre⁷⁰.

⁶⁵ Henry M. Hart et Albert M. Sacks *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law*, New York, Foundation Press, 1994 à la p 155; Nicolas Bala « Judicial Discretion and Family Law Reform in Canada » (1986) 5 Can. J. Fam. L. 15. à la p 18; Danielle Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés » 1989 (30) C de D. 137.

⁶⁶ Bala, *ibid*, p 18

⁶⁷ Andréanne Malacket « L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation et de détournement », Mémoire de maîtrise en droit, Montréal, Université de Montréal, 2010 à la p 5; Carmen Lavallée « L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et québécois » Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p 265; Marie-France Bureau « Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois », Cowansville, Yvon Blais, 2009, à la p 128.

⁶⁸ Lavallée, *ibid*, à la p 125.

⁶⁹ *Hélène G... c Centre T...*, [1976] CBES 2001, à la p 2010; Malacket, *supra*, note 67, à la p 74.

⁷⁰ Malacket, *supra*, note 67, à la p 6.

Afin de bien cerner cette notion complexe et « polymorphe »⁷¹, qui se trouve au cœur de tous les litiges de garde, il est essentiel d'en tirer un bref historique, ainsi que d'analyser la place qu'elle accorde à la perception du décideur dans son examen.

1.2.1 Historique

Tel que nous l'avons mentionné plus haut⁷², jusqu'en 1977, le droit à la garde des enfants était dévolu exclusivement au père, la femme mariée ne bénéficiant pratiquement d'aucun droit⁷³.

Paradoxalement, à cette époque, bien que la femme soit la principale responsable de la bonne marche du foyer, de l'éducation des enfants et des soins à leur prodiguer, elle est incapable juridiquement de contracter et n'exerce aucune autorité parentale à l'égard de ses enfants.⁷⁴ Dans pratiquement tous les cas, donc, la garde est automatiquement confiée au père.

L'affaire R. c. De Manneville⁷⁵, dans laquelle la garde d'un enfant non encore sevré a été accordée au père, alors qu'il avait été prouvé que celui-ci avait fait preuve de cruauté physique et mentale justifiant l'échec du mariage, illustre bien à quel point tant les droits de la femme que de l'enfant étaient limités, voir inexistants.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Ci-dessus, section 1.1.

⁷³ Michelle Boivin, *supra*, note 5, Mayrand, *supra*, note 46.

⁷⁴ Boivin, *ibid.*, à la p 53.

⁷⁵ (1804) East 221, 102 E.R. 1054.

Les pères étaient alors considérés les mieux placés pour juger de l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt était d'ailleurs présumé correspondre au maintien de l'autorité et de la garde au père⁷⁶

Depuis le XIX^e siècle, et même avant l'adoption des dispositions relatives à l'autorité parentale partagée⁷⁷, les tribunaux ont progressivement mis l'emphasis sur le droit des enfants, par opposition à ceux des parents dans le cadre des décisions relatives à la garde.⁷⁸

Toutefois, il a fallu attendre 1925 pour que paraissent les premières décisions en droit privé canadien faisant état de l'intérêt de l'enfant. C'est en effet dans l'arrêt *Stevenson c. Florant*⁷⁹ que, la Cour suprême du Canada s'est exprimée pour la première fois sur ce standard, mentionnant que l'autorité parentale (alors puissance paternelle) devait être exercée par la mère de l'enfant plutôt que par ses grands-parents, à qui la garde avait été confiée suite au décès du père. La Cour s'exprimait ainsi :

« L'intérêt de l'enfant, qu'il faut prendre en considération, son bien-être, ne résident pas surtout dans le confort matériel, mais dans les soins et l'affection paternels, dans les avantages de l'éducation familiale et religieuse »⁸⁰.

Puis, en 1934, la Cour suprême, reprenant les enseignements dégagés dans *Stevenson c. Florant*, concluait que « l'autorité parentale doit céder quand l'intérêt de l'enfant l'exige »⁸¹. Nous pouvons constater toutefois à la lecture de ces extraits que l'intérêt de l'enfant n'était alors qu'une façon de moduler la puissance paternelle.⁸²

⁷⁶ *Young c Young*, *supra*, note 3, para 34.

⁷⁷ Art 600 CcQ.

⁷⁸ *Young c Young*, *supra*, note 3, à la p 44, juge L'Heureux-Dubé.

⁷⁹ 1925 RCS 532, conf. par *Stevenson c Florant*, 1927 AC 211.

⁸⁰ *Stevenson c Florant* (CSC), *ibid*, à la p 548.

⁸¹ *Stevenson c Florant*, [1934] RCS 501.

⁸² Deleury et al, *supra*, note 3.

Ce ne sera qu'à partir des années 1970, notamment les études du psychologue américain Joseph Goldstein⁸³, pour que le critère du « meilleur intérêt de l'enfant » sera considéré comme l'unique critère applicable dans la détermination des décisions devant être prises à son endroit. En effet, c'est à partir des années 1970 qu'il y eut au Québec une certaine émergence du droit des enfants, avec l'apparition des termes « garde de l'enfant » dans le Code civil du Bas Canada⁸⁴. Il a toutefois fallu attendre 1980 pour que l'introduction du standard du « meilleur intérêt de l'enfant » fasse son entrée dans le Code civil du Québec⁸⁵. Ce critère est maintenant la « pierre angulaire »⁸⁶ des décisions à être prises à l'endroit de l'enfant.

1.2.2 Le cadre juridique

Trois (3) lois régissent et balisent les litiges de garde au Québec, soit le Code civil du Québec, la Loi sur le divorce et le Code de procédure civile du Québec. Nous étudierons les dispositions pertinentes de ces lois après avoir défini les concepts généraux qui s'y retrouvent.

1.2.2.1 Le Code civil du Québec

Au Québec, ce sont les articles 32, 33 et 34 du Code civil du Québec qui campent les principes applicables en matière de droits des enfants. Or, 60% des enfants naissent aujourd'hui au Québec en union de fait⁸⁷. C'est donc dire que, bien que la totalité des enfants

⁸³ Joseph Goldstein, Anna Freud et Albert J. Solnit, *supra* note 2.

⁸⁴ Art 200 et 212 CcBc.

⁸⁵ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c.39.

⁸⁶ *C (G). c V.-F. (T.)*, *supra*, note 6.

⁸⁷ Céline Le Bourdais et Évelyne Lapierre-Adamcyk, avec la collaboration de Philippe Pacaut « Changes in Conjugal Life in Canada : Is Cohabitation Progressively Replacing Marriage? » (2004) 66 *Journal of Marriage and Family* 929 à la page 934; Hélène Belleau, Rapport rédigé pour Goldwater, Dubé, Version mise à jour, Montréal, Institut national de la recherche scientifique, Urbanisation, Culture et Société, mars 2008, à la page 1 (La mise à jour est d'un rapport de la

québécois soit régie par les dispositions du Code civil du Québec, la majorité d'entre eux n'est régie que par les dispositions du Code civil du Québec, puisque la Loi sur le divorce ne trouve pas application.

L'article 32 du Code civil du Québec énonce le droit à la « protection, à la sécurité et à l'attention »⁸⁸ que ses parents peuvent donner à l'enfant, codifiant ainsi clairement le principe selon lequel c'est l'enfant qui a un droit à l'égard de ses parents et non le parent qui a un droit à l'égard de son enfant. À cet effet, la Cour d'appel rappelait que « fondamentalement, ce qui est en cause n'est pas un droit d'accès du père que celui-ci mériterait plus ou moins, mais bien du droit de F... de profiter de son père ».⁸⁹

L'article 39 de la Charte des droits et libertés de la personne⁹⁰ prévoit également le droit de l'enfant à la « protection, à la sécurité et à l'attention » que ses parents peuvent lui donner.

Bien que l'enfant ait un droit à l'attention de ses parents, il ne peut l'exercer lui-même en justice, en raison de sa minorité⁹¹. Ce sont plutôt ses parents, en leur qualité personnelle et ayant un intérêt à obtenir sa garde, qui entreprendront les démarches judiciaires à cet effet. L'enfant sera donc à la fois objet et sujet de droit.⁹²

Afin notamment de pallier cette non-participation (en tant que partie au litige) de l'enfant au débat, l'article 33 C.c.Q. prévoit que toutes les décisions qui concernent l'enfant doivent être prises dans son intérêt, faisant ainsi du standard du meilleur intérêt de l'enfant la

même auteure daté du 31 octobre 2007); Institut de la Statistique du Québec, La diffusion des naissances hors mariage, 1950-2003, La situation démographique au Québec, Bilan 2004.

⁸⁸ Art 32 CcQ.

⁸⁹ *M.-J. R. c D.N.*, 2006 QCCA 841.

⁹⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.C c C-12.

⁹¹ Art 159 et 586 CcQ.

⁹² *J. F. c C.L.*, [2003] R.J.Q. 2983 (CS).

« pierre angulaire » des décisions à être prises à son endroit, pour reprendre les propos du juge Beetz dans un arrêt fréquemment cité⁹³.

Les pistes fournies par le Code civil du Québec quant à l'évaluation de l'intérêt de l'enfant se trouvent à son article 33 al.2, lequel se lit comme suit : « Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de la situation ».⁹⁴ Cette liste de facteurs n'est toutefois qu'exemplative.

1.2.2.2 La Loi sur le divorce

L'article 16 (8) de la Loi sur le divorce prévoit que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant dans sa prise de décision relative à la garde. Les paragraphes suivants doivent aussi guider le juge qui doit trancher une question impliquant un enfant et prévoient que le tribunal ne doit pas tenir compte de la conduite antérieure d'un parent, sauf si celle-ci est liée à « l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère »⁹⁵ et que la maximisation des contacts de l'enfant avec chacun de ses parents doit être favorisée⁹⁶.

L'article 16 (8) prévoit, à l'instar de son homologue en droit civil, certaines précisions en ce qui a trait aux éléments à prendre en considération dans l'analyse du meilleur intérêt de l'enfant, soit les ressources de l'enfant, ses besoins et d'une façon générale, sa situation.

L'article 16 (10) présente une particularité supplémentaire, en ce qu'il impose le principe de la « maximisation des contacts », précisant que l'enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contact possibles compatibles avec son propre intérêt.

⁹³ *C (G.) c V. F.T.*, *supra*, note 6, j. Beetz

⁹⁴ Art 33 CcQ.

⁹⁵ Art 16 (9) LD.

⁹⁶ Art 16 (10) LD.

Comme pour l'article 600 C.c.Q prévoyant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, nous pourrions voir dans l'article 16 (10) L.D., l'existence d'une présomption à l'effet que la garde doit être partagée entre les parents.

En effet, cette disposition datant de 1980, a été adoptée alors que le droit de la famille était appelé à se réformer de façon à assurer l'égalité entre les époux⁹⁷, éliminant d'ailleurs la notion de faute dans le divorce⁹⁸. Par ailleurs, elle a été adoptée en même temps que la doctrine de l'âge tendre, presumant que le meilleur intérêt de l'enfant équivalait à ce qu'il demeure avec sa mère, était omniprésente dans la doctrine et la jurisprudence.

Tel que le soulignent Dandurand et St-Jean :

Selon les Registres canadiens de divorce, la garde a été attribuée entre 1969 et 1979 au Québec à l'un des deux parents dans 90% des cas : la garde est matricentrique à 75,6%, patricentrique à 13,4%. Pour expliquer ces pratiques juridiques, les juristes invoquent la doctrine de l'âge tendre, selon laquelle un enfant, surtout jeune, ne peut être séparé de sa mère ; ils invoquent aussi le fait que les femmes, plus souvent requérantes, sont aussi le "conjoint innocent" et ainsi "se méritent" les enfants.⁹⁹

Le principe de la maximisation des contacts a été établi afin de contrebalancer les effets de la doctrine de l'âge tendre¹⁰⁰ et de favoriser autant que possible les contacts avec les deux parents. Or, nous le rappelons, la garde alternée n'était pratiquement pas « inventée » à cette époque à laquelle le législateur a introduit le principe de la maximisation des contacts.

⁹⁷ *Supra*, sections 1.1 et 1.2.

⁹⁸ L'article 16 (9) LD prévoit désormais que l'on ne doit pas tenir compte de la conduite antérieure des époux.

⁹⁹ Renée B.-Dandurand et Lise Saint-Jean « La nouvelle monoparentalité comme révélateur des contradictions familiales » (1990) INRS-urbanisation-culture-société 7.

¹⁰⁰ Barreau du Québec, « Mémoire sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants », Québec, juin 2001, à la p 12.

En vertu du droit actuel, la garde alternée est toutefois un arrangement qui n'a « rien d'exceptionnel »¹⁰¹ et qui doit être considéré sérieusement lorsque la situation le permet¹⁰². Selon nous, une analyse de textuelle de l'article 16 (10) L.D. dans ce contexte devrait mener à une présomption que le partage égal du temps parental est conforme au meilleur intérêt de l'enfant.

Les tribunaux semblent en désaccord avec cette assertion¹⁰³. À titre d'illustration, dans l'arrêt *Young c. Young*, la juge L'Heureux-Dubé écrivait à cet égard ce qui suit, qui fait maintenant l'unanimité en jurisprudence quant à la notion de maximisation des contacts :

Troisièmement, le par. 16(10) dispose qu'en rendant une ordonnance, le tribunal applique «le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt». Ces termes sont révélateurs. C'est le seul facteur que le législateur a choisi de soumettre expressément à l'attention du juge. Ce faisant, il a souligné l'importance qu'il accorde au contact avec chacun des parents et à la nécessité pour le juge de veiller à sa maximisation. Toutefois, la réserve qu'il introduit par les mots «compatible avec son propre intérêt» signifie que l'objectif d'établir le maximum de contact entre l'enfant et ses parents n'est pas absolu. Dans la mesure où ce contact entre en conflit avec l'intérêt de l'enfant, il peut être assorti de restrictions. Mais seulement dans cette mesure. La décision du législateur de favoriser au maximum les contacts entre l'enfant et ses parents s'appuie largement sur les recherches effectuées en la matière, lesquelles concluent à l'effet bénéfique d'une continuité de l'accès.

[...]

Je résumerais l'effet des dispositions de la Loi sur le divorce en matière de droit d'accès de la façon suivante: dans tous les cas, le critère ultime est l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs. L'un de ces facteurs, que le juge qui cherche à déterminer l'intérêt de l'enfant doit prendre en considération, est l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents. En dernière analyse, toutefois, c'est l'intérêt de

¹⁰¹ *T. (L.) c. L.A. (P)*, [2002] R.J.Q. 2627 (CA).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Voir notamment : *Young c. Young*, *supra*, note 3, *T.L c LAP*, *supra*, note 101; *D. (W.) c A. (G.)*, *supra*, note 14; *Droit de la famille – 071606*, EYB 2007-121538 (CS); Rapport du comité mixte spécial sur la garde des enfants et les droits de visites, *Pour l'amour des enfants*, Parlement du Canada, 1998, à la p 57.

l'enfant que doivent refléter les décisions portant sur le droit d'accès.¹⁰⁴

La jurisprudence et la doctrine qualifient cette présomption de « présomption de parent amical »¹⁰⁵ voulant qu'il soit dans le meilleur intérêt de l'enfant que sa garde soit confiée au parent qui assurera le plus possible le maintien de ses contacts avec l'autre¹⁰⁶.

La formulation employée par le législateur va toutefois selon nous, tout à fait dans le sens de la forme que doit prendre une présomption de garde alternée, à savoir qu'elle doit être renversée si la situation est contraire au meilleur intérêt de l'enfant. Ceci a pour effet d'assurer le meilleur intérêt de celui-ci, qui doit conserver son importance capitale en droit de la famille.

À tout le moins, cette disposition fait présumer qu'un maximum de contacts avec chacun des parents est conforme au meilleur intérêt de l'enfant¹⁰⁷. Comme le soulignait la juge McLachlin dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* : « le législateur a précisé que le contact maximal avec le père et la mère est généralement dans l'intérêt de l'enfant »¹⁰⁸.

1.2.2.3 Le Code de procédure civile du Québec

Afin d'assurer le respect de l'article 33 C.c.Q. qui impose que toutes les décisions qui concernent l'enfant doivent être prises dans son intérêt, l'article 822.2 du Code de procédure civile prévoit certaines modalités dans le cas où les parties divorcées ou séparées de corps¹⁰⁹ formulent une entente qui vise la garde de l'enfant. Ainsi, le juge peut faire supprimer ou

¹⁰⁴ *Young c Young*, *supra*, note 3, à la p 143.

¹⁰⁵ Dominique Goubau « L'objectivation des normes en droit de la famille *une mission possible* », (1998) 7 *Revue trimestrielle de droit de la famille* 12 à la p 23

¹⁰⁶ *Droit de la famille* 190, 1875 CA 201

¹⁰⁷ *Gordon c Goertz*, 2 [1996] RCS 27.

¹⁰⁸ *Ibid*, para 25.

¹⁰⁹ Ou dans le cadre d'une demande de dissolution de l'union civile (art 521.12 et ss. CcQ).

modifier les clauses d'une convention qui lui paraissent contraires au meilleur intérêt de l'enfant. S'il constate que le projet préserve insuffisamment les intérêts des enfants, il peut rejeter la demande en séparation de corps, divorce ou union civile¹¹⁰. Peu de cas d'application sont toutefois trouvés en jurisprudence quant à cette disposition, laissant croire que les juges accordent une importante déférence à l'entente conclue entre les parents.

Après tout, ceux-ci ne sont-ils pas les mieux placés pour juger du meilleur intérêt de leur enfant ?

Le peu d'utilisation de cette disposition pourrait également s'expliquer par le manque de ressources au plan judiciaire. En effet, l'inaccessibilité de la justice est due notamment au manque d'efficacité du système judiciaire relié à des questions de financement.¹¹¹ Les juges doivent donc gérer les dossiers qui leurs sont confiés de la façon la plus efficace possible, alors qu'ils sont débordés. Nous soumettons qu'en pareil contexte, les projets d'accord ne sont peut-être pas lus avec toute l'attention qu'ils mériteraient quant aux composantes du meilleur intérêt de l'enfant relativement à sa garde. Nous y reviendrons plus loin¹¹², mais sommes d'avis que le tribunal doit minimalement entendre les parties afin d'apprécier la crédibilité de leurs versions des faits quant au litige de garde. Sans cela, comment un juge peut-il réellement conclure qu'un projet d'accord intervenu entre des parents n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant ?

¹¹⁰ Art 822.3 Cp.c

¹¹¹ À ce sujet, voir : Jean-Pascal Lavoie, « Les défis du financement et de l'accessibilité à la justice » Le Soleil, Québec, 21 février 2011, en ligne : <http://www.lapresse.ca/le-soleil/affaires/zone/zone-profession-avocat/201102/21/01-4372589-les-defis-du-financement-et-de-l-accessibilite-a-la-justice.php> consulté le 23 février 2011.

¹¹² Ci-dessous, section 3.1.2.

1.2.3 La discrétion judiciaire et le meilleur intérêt de l'enfant

Si une appréciation concrète du meilleur intérêt de l'enfant poursuit un but noble, soit d'assurer le meilleur intérêt de chaque enfant, elle est, en soit, hautement subjective. D'une part, elle dépend, chaque fois, de l'enfant dont il s'agit dans le litige en cause et, comme l'écrivait la juge Abella, cette notion demeure « aussi fluide que la situation particulière de chaque enfant »¹¹³. D'autre part, elle s'articule selon des considérations larges et non-hiérarchisées et, si elles doivent toutes être considérées par le juge, celui-ci n'a aucune obligation de les analyser en détail lorsqu'il décide d'accorder la garde à un parent plutôt qu'à l'autre¹¹⁴.

Le meilleur intérêt de l'enfant étant un standard, une notion-cadre polymorphe¹¹⁵, appelant à une analyse concrète plutôt qu'abstraite de la norme¹¹⁶, il va sans dire qu'il attribue une place considérable à la discrétion judiciaire et aux valeurs du juge dans son interprétation, ainsi qu'aux valeurs véhiculées par les différentes époques.

Afin d'éviter des jugements arbitraires, qui ne reposeraient sur aucune considération stable, les dispositions législatives prévoient toutefois un cadre dans l'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant. Il est intéressant de noter que 75 % lois américaines et canadiennes en matière familiale se basant sur le critère de l'intérêt de l'enfant assortissent ce critère d'une grille d'analyse.¹¹⁷ Le Code civil du Québec¹¹⁸ et la Loi sur le divorce¹¹⁹ n'y

¹¹³ *M. (B.P) c M. (B.LDE.)* [1989] 1 RCS 927.

¹¹⁴ Marie-Christine Kirouack « La jurisprudence relative à la garde, où en sommes-nous rendus », Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit familial, 2007, Cowansville, Yvon Blais, à la p 691.

¹¹⁵ Malackiet, *supra*, note 67.

¹¹⁶ Michel Tétrault. *Le droit de la famille*, 4^e éd. Cowansville, Yvon Blais, 2005, à la section 1.

¹¹⁷ Goubau, *supra*, note 105, à la p 12.

¹¹⁸ Art 33 al2 CcQ.

¹¹⁹ Art 16 (8) LD

échappent pas; ils prévoient tous deux des éléments qui doivent être considérés dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant.

Alors que nous pourrions croire que ces éléments favoriseraient une meilleure objectivité et une plus grande prévisibilité de la norme, nous sommes plutôt d'avis qu'elles contribuent à la subjectiviser¹²⁰.

En effet, les critères énumérés dans ces dispositions législatives sont formulés de façon très large et sont susceptibles d'être interprétés de différentes manières¹²¹. Ainsi, de façon générale, les « besoins » de l'enfant seront pris en considération dans l'évaluation de son intérêt. La Cour d'appel nous enseigne ce qui suit au sujet de la définition de « besoins » :

Les besoins de l'enfant correspondent à des valeurs concrètes contrairement à l'expression indéfinie de l'intérêt de l'enfant. Le terme « besoins » a un sens précis. Il ne s'agit pas d'un espoir lointain, ou d'une probabilité indéfinie ou éventuelle ou encore de la satisfaction des besoins de l'enfant uniquement par personne interposée. Les besoins reposent sur des éléments indissociables, tels l'immédiateté et la quotidienneté¹²².

Il semble toutefois que les besoins de l'enfant varieront selon son âge, son sexe, son épanouissement, ses goûts, ses intérêts, ses préférences, sa situation financière, familiale (notamment la fratrie), son état de santé etc. Bref, il semble qu'il existe autant de besoins qu'il existe d'enfants. Ainsi, bien que cette notion renvoie à un aspect immédiat et quotidien, elle n'en est pas plus prévisible.

¹²⁰ Goubau, *supra*, note 105, à la p 14.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Droit de la famille* – 3242, CAQ, no 200-09-002281-985, 1^{er} février 1999, à la p 7.

Par ailleurs, les deux dispositions constituent des énumérations non limitatives¹²³, les décideurs étant libres de considérer tantôt « toutes les circonstances pertinentes »¹²⁴, tantôt « de façon générale, [la] situation [de l'enfant] »¹²⁵ dans l'élaboration des décisions qui y sont relatives. Les décideurs bénéficient donc de toute la latitude possible afin d'incorporer tout ce qu'ils peuvent eux-mêmes juger pertinent dans leur analyse.

Nous constatons également qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les éléments à prendre en considération dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, ce qui contribue donc à augmenter l'imprévisibilité des décisions.

Alors que l'âge de l'enfant pourra être largement déterminant¹²⁶ dans certains cas, dans d'autres, ce critère pourra l'être beaucoup moins¹²⁷, au profit d'un autre critère qui pourrait s'avérer plus déterminant.

Finalement, les dispositions législatives accordent aux juges la possibilité d'inclure toutes les considérations qu'ils jugeront pertinentes pour les fins de leur analyse.

Tout ceci entraîne donc une imprévisibilité considérable au niveau de la décision à être rendue et se complique du fait que le juge est lui-même empreint de subjectivité, ce que soulignait d'ailleurs le juge L'Heureux-Dubé dans le cadre d'une conférence :

Notre compréhension de la règle de droit passera le plus souvent par la subjectivité inhérente du prisme de nos expériences personnelles. Son interprétation et son application ne peuvent donc être neutres que dans la mesure où nos valeurs le permettent. Aussi convient-il, à mon sens, de reconnaître le fait que les valeurs colorent l'ensemble de ce processus et peuvent en influencer le résultat¹²⁸.

¹²³ Goubau, *supra*, note 105 à la p 14.

¹²⁴ Art 33 CcQ.

¹²⁵ Art 16 LD.

¹²⁶ Z. (A.). c O. (S.), REJB 2004-54538 (CA).

¹²⁷ Voir par exemple : *Droit de la famille* – 091541 2009 QCCA 1268.

¹²⁸ Claire L'Heureux-Dubé « Le droit de la famille à l'aube du 20^{ième} siècle : la marche vers l'égalité », (1998) 28 RDUS 17, à la p 22.

Ainsi, nous sommes donc en présence d'une règle subjective interprétée par des juges qui sont eux-mêmes subjectifs. Il ne faut donc être surpris que l'appréciation de la norme devienne donc imprévisible. La notion du meilleur intérêt de l'enfant accorde tellement de place aux juges qu'elle « finirait par rendre superflues toutes les institutions positives du droit familial »¹²⁹.

1.3 Conclusion de première partie

Les dispositions encadrant actuellement la garde d'enfant au Québec peuvent légitimement pousser le juriste qui les interprète à y voir une présomption en faveur du partage égal du temps parental.

En effet, le Code civil du Québec prévoit que l'autorité parentale, dont fait partie le droit de garde, doit être exercée conjointement par les parents¹³⁰. La Loi sur le divorce, prévoit quant à elle que les modalités d'exercice de la garde doivent favoriser la maximisation des contacts entre les enfants, tout en respectant leur meilleur intérêt¹³¹. Les tribunaux évitent toutefois d'évoquer une telle présomption, s'accrochant à une interprétation concrète du meilleur intérêt de l'enfant¹³², conservant ainsi toute leur discrétion judiciaire.

Une interprétation telle que nous la proposons serait toutefois beaucoup plus conforme au texte de loi lui-même, tel que nous avons essayé de le démontrer. Bien que la notion du meilleur intérêt de l'enfant soit interprétée de façon concrète par les tribunaux,

¹²⁹ Jean Carbonnier, note sous Paris, 30 avril 1959, D. 1960, 675, cité dans Malacket, *supra*, note 67, à la p 13.

¹³⁰ Art 600 CcQ.

¹³¹ Tétrault, *supra*, note 116.

¹³² Malacket, *supra*, note 67.

nous sommes d'avis qu'une conception abstraite de la norme, d'ailleurs à l'origine de la réforme du droit de la famille¹³³, a été privilégiée par le législateur.

Par ailleurs, si les tribunaux interprétaient les dispositions sur l'autorité parentale de la manière dont nous le proposons, d'importantes modifications législatives devraient être effectuées afin notamment d'éviter que ce parent se place en position de déchéance de l'autorité parentale. Rappelons qu'en vertu des dispositions actuelles, le fait pour un parent de se voir refuser l'exercice de la garde équivaut selon nous dans les faits à une déchéance partielle de son autorité parentale. bien que la Cour suprême ait rejeté cette approche en 1993¹³⁴.

Or, la déchéance de l'autorité parentale ne doit être prononcée que pour un motif grave et lorsque le meilleur intérêt de l'enfant ne le justifie¹³⁵. Ceci milite selon nous en faveur de notre thèse qu'il existe une présomption légale de garde alternée. Toutefois, le critère de « motif grave » pour justifier la garde exclusive et donc la déchéance de cet attribut au parent non gardien, est beaucoup trop exigeant et emporte un fardeau de preuve beaucoup trop lourd pour qu'il soit dans le meilleur intérêt de l'enfant¹³⁶.

Selon nous, ce critère alourdirait le fardeau de preuve de celui qui souhaite démontrer que la garde alternée n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant (fardeau déjà assez important et présentant plusieurs difficultés sur le plan de la preuve, ce que nous verrons plus

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *P (D.). c S. (C)*, *supra*, note 7.

¹³⁵ Art 606 CcQ.

¹³⁶ Par analogie, voir la position du Barreau du Québec en 2009, en réponse à un projet de loi qui voulait qu'une présomption de garde alternée puisse être écartée si on démontrait que l'intérêt de l'enfant serait « considérablement mieux servi » par une garde exclusive : Barreau du Québec, « Position du Barreau sur le projet de loi C-422 », en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/actualites-medias/positions/index.html>, consulté le 3 mars 2011.

loin).¹³⁷ D'autre part, il alourdirait le fardeau du parent non gardien qui souhaitera récupérer la garde de l'enfant, advenant qu'un changement significatif le justifie¹³⁸. Ce parent aurait à démontrer que le « motif grave » n'existe plus. Selon nous, une modification législative devrait intervenir afin de s'assurer que le critère de motif grave ne soit pas retenu comme étant le critère justifiant de s'écarter de la présomption de garde alternée.

Une présomption légale simple, basée sur le modèle adopté dans l'Etat de Washington D.C.¹³⁹, à l'effet que la garde alternée doit être présumée dans le meilleur intérêt de l'enfant, à charge pour celui qui ne la souhaite pas de prouver le contraire, respecte beaucoup mieux l'intérêt de l'enfant.

Le concept du meilleur intérêt de l'enfant étant flou, vague et à géométrie variable¹⁴⁰, ce qui laisse une place très importante à la discrétion judiciaire, il convient donc de vérifier comment les tribunaux appliquent actuellement ce standard, en vérifiant si une présomption de garde alternée est instaurée dans les faits par la jurisprudence, bien qu'elle ne le reconnaisse pas expressément.

¹³⁷ Ci-dessous, section 3.

¹³⁸ *Willick c Willick*, [1994] 3 RCS 670, *Gordon c Goertz*, *supra*, note 107.

¹³⁹ Art 5, District of Columbia, DC Code 180911 *Alimony pendente lite ; suit money; enforcement of custody of children*.

¹⁴⁰ *Malacket*, *supra*, note 67.

CHAPITRE II

2 L'EXISTENCE D'UNE PRÉSUMPTION JURISPRUDENTIELLE (DE FAIT) DE GARDE ALTERNÉE AU QUÉBEC

2.1 L'office du juge

2.1.1 Le rôle du juge dans le litige de garde d'enfant

La décision du juge quant au meilleur intérêt de l'enfant diffère des décisions que celui-ci est usuellement appelé à prendre dans le cadre de ses fonctions. En effet, le standard du meilleur intérêt de l'enfant dans le cadre du litige de garde pousse le juge à adopter une vision prospective du problème en cause alors qu'en d'autres matières, telle la responsabilité civile, le rôle du juge intervient après que le fait dommageable ait été causé¹⁴¹, lui conférant un rôle plutôt rétrospectif.

Le fait que le meilleur intérêt de l'enfant soit un standard fait en sorte que le juge, en plus de devoir apprécier les faits, doit également apprécier la norme, en ce sens qu'il doit lui-même définir ce que représente « le meilleur intérêt de l'enfant ». Cet exercice sera invariablement teinté par les valeurs du juge. Comme le soutient Mnookin, l'intérêt de l'enfant amène celui qui s'y intéresse à soupeser un nombre important de valeurs :

¹⁴¹ Bala, *supra*, note 65 p 26.

Deciding what is best for a child poses a question no less ultimate than the purposes and values of life itself. Should the judge be primarily concerned with the child's happiness? Or with the child's spiritual and religious training? Should the judge be concerned with the economic « productivity » of the child when he grows up? Are the primary values in life in warm interpersonal relationships, or in discipline and self-sacrifice? Is stability and security for a child more desirable than intellectual stimulation? These questions could be elaborated endlessly. And yet, where is the judge to look for the set of values that should inform the degree of what is best for the child? Normally, the custody statutes do not themselves give content or relative weights to the pertinent values. And if the judge looks to society at large he finds neither a clear consensus as to the best child rearing strategies nor an appropriate hierarchy of ultimate values¹⁴².

Le meilleur intérêt de l'enfant correspond donc à la vision du juge de ce que représente le meilleur intérêt d'un enfant. Ce faisant, le standard véhicule les valeurs d'une société à une époque donnée. Le meilleur intérêt de l'enfant est une notion évolutive, qui varie selon les époques et les sociétés¹⁴³.

Ainsi, dans l'arrêt *Stevenson*¹⁴⁴, on avait interprété la notion du meilleur intérêt de l'enfant comme supposant le maintien de l'unité familiale; on avait jugé qu'il était dans le meilleur intérêt de l'enfant qu'il soit éduqué par sa mère plutôt que par ses grands-parents.

Or, la jurisprudence récente soutient que le meilleur intérêt de l'enfant commande, dans certaines situations, que la garde soit justement confiée à un tiers plutôt qu'aux parents¹⁴⁵, en cette époque où la famille est appelée à se métamorphoser et à prendre des formes de plus en plus diverses.

¹⁴² Robert H. Mnookin "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", (1975) 39(3) *Law and Contemporary Problems* 226, à la p 249.

¹⁴³ *Malacket*, *supra*, note 67, section 1.1.1.

¹⁴⁴ *Supra*, note 80.

¹⁴⁵ *C (G) c V. (F.T.)*, *supra*, note 6, voir également : *B. (B.) c B. (K.)*, *sub nom. Droit de la famille - 072232*, EYB 2007-124044 (CA), *N. (S.) c L. (E.)*, *sub nom. Droit de la famille - 09398*, EYB 2009-155485 (CA), *R. (C) c G. (I.)*, *sub nom. Droit de la famille - 092011*, EYB 2009-163030 (CS), *Droit de la famille - 1883*, EYB 1993-57864 (CA).

Par ailleurs, il prévalut longtemps en jurisprudence que le meilleur intérêt de l'enfant correspondait à ce qu'il demeure avec sa mère, en vertu de la doctrine de l'âge tendre¹⁴⁶. Or, une importante jurisprudence depuis les années 1990 – et encore plus particulièrement depuis les années 2000 – enseigne que la garde alternée doit représenter un arrangement à considérer fortement, certains juges allant même jusqu'à présumer tacitement qu'elle représente le meilleur intérêt de l'enfant¹⁴⁷.

Le législateur, ne souhaitant pas prendre position et intégrer ses valeurs dans ce que constitue le meilleur intérêt de l'enfant, délègue plutôt le soin aux juges d'intégrer ces valeurs dans le droit par l'entrée du standard du meilleur intérêt de l'enfant¹⁴⁸.

Examinons maintenant quels sont les outils du juge dans sa détermination du meilleur intérêt de l'enfant et quels sont les rôles que celui-ci est appelé à prendre dans le cadre d'un litige de garde.

2.1.2 Les outils du juge dans la recherche du meilleur intérêt de l'enfant

Afin de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant, le juge doit être en mesure d'apprécier les comportements des parties, des enfants et des tiers significatifs, le cas échéant. En effet, le juge doit tenter de déterminer quels seront les besoins et comportements des parties et des enfants dans l'avenir. Pour ce faire, il dispose de trois outils principaux, soit la preuve écrite, les témoignages des parties et des tiers, les expertises ainsi que la nomination d'un procureur à l'enfant. Ces éléments de preuve peuvent être soumis au tribunal dans le cas des témoignages, des productions de pièces et de certaines expertises, ou ordonnés par

¹⁴⁶ La juge L'Heureux-Dubé reconnaît expressément ce fait dans l'arrêt *Young c Young*, *supra*, note 3, à la p 46.

¹⁴⁷ LeRoy, *supra*, note 24; Schirm, *supra*, note 21.

¹⁴⁸ Bala, *supra*, note 65 à la p 30.

celui-ci, dans le cas de l'expertise psychosociale du Service de la Cour supérieure¹⁴⁹ et de la nomination du procureur de l'enfant¹⁵⁰.

2.1.2.1 La preuve écrite

À l'ère des média sociaux, des courriels et de la messagerie texte, les juges en matière de garde d'enfant sont de plus en plus confrontés à la preuve écrite¹⁵¹. Comme toute preuve, celle-ci est évidemment subordonnée à la règle de la pertinence¹⁵². Ceci amène donc à se demander quels écrits peuvent être pertinents dans le cadre de la détermination du meilleur intérêt de l'enfant.

À cet égard, les tribunaux accepteront avec beaucoup de latitude des preuves susceptibles de démontrer une situation qui n'est ou n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant. C'est ainsi que les tribunaux acceptent en preuve des courriels¹⁵³, des transcriptions de messagerie texte¹⁵⁴ ainsi que des extraits émanant de pages Facebook¹⁵⁵. Ces éléments de preuve sont toutefois soumis à une preuve d'authenticité¹⁵⁶ et aux règles usuelles sur la preuve écrite et les technologies de l'information¹⁵⁷.

Toutefois, les tribunaux n'hésiteront pas à faire abstraction de ces règles au nom du principe du meilleur intérêt de l'enfant. C'est ainsi que des courriels échangés entre un conjoint et une tierce personne, obtenus illégalement par l'autre conjoint (hors de la

¹⁴⁹ Art 30 et ss. R.pcfam (CS), Art 414 et 815.1 Cp.c

¹⁵⁰ Art 394.1 Cp.c

¹⁵¹ Pour une analyse détaillée voir : Michel Tétrault, « La preuve électronique en droit de la famille : ses effets sur le praticien » Yvon Blais, Cowansville, 2012.

¹⁵² Art 2858 CcQ.

¹⁵³ Le premier jugement que nous ayons retracé en ce sens est *C (C) c L. (J.)*, REJB 2002-39440 (CS).

¹⁵⁴ Voir par exemple : *M. (A.) c C (S.)*, sub nom. Droit de la famille – 101688, EYB 2010-176893.

¹⁵⁵ Voir par exemple : *Z. (N.) c M. (B.)*, sub nom. Droit de la famille – 102652, EYB 2010-180620 (CS).

¹⁵⁶ Art 6 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q. c C-11.

¹⁵⁷ *Ibid*, art 4 et ss.

connaissance du premier, alors qu'il n'y était pas autorisé¹⁵⁸), seront admis en preuve si leur lecture permet d'y voir une faille dans les capacités parentales¹⁵⁹.

Tout en reconnaissant le droit des parents à leur vie privée et le fait que l'autre parent n'ait pas un droit d'accès aux communications personnelles que l'autre parent entretient avec des tiers, la Cour suprême a affirmé que le meilleur intérêt de l'enfant doit prédominer sur les droits des parents, même ceux issus des Chartes¹⁶⁰. La jurisprudence relative aux écrits électroniques en matière familiale est conforme à ces enseignements.

2.1.2.2 Les témoignages

L'enfant peut être appelé à témoigner dans le cadre d'un litige concernant sa garde. Le Code civil prévoit à l'article 34 C.c.Q. le droit de l'enfant à être entendu. L'enfant doit toutefois être apte à témoigner : son discernement doit le permettre et il doit comprendre ce que signifie le fait de dire la vérité¹⁶¹. Le Code de procédure civile prévoit certaines mesures additionnelles, dont le fait que l'enfant peut témoigner à son lieu de résidence¹⁶². Notons que la jurisprudence est avare de décisions relativement à cette modalité de témoignage. Le témoignage d'enfant peut également se faire hors la présence des parents.

Bien que plusieurs soient d'avis qu'il faille favoriser le témoignage de l'enfant, sauf circonstances exceptionnelles, afin de maximiser les chances de rendre une décision qui soit

¹⁵⁸ Art 36 (2) CcQ., art 44 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir aussi : Jean-François Vézina, « Commentaire sur la décision 9116-8609 Québec inc c Senécal – L'admissibilité en preuve de courriels obtenus sans autorisation » dans *Repères*, Mars 2011, *Droit civil en ligne*, Yvon Blais, EYB2011REP1025.

¹⁵⁹ Michel Tétrault, « De choses et d'autres en droit de la famille : la jurisprudence marquante : la procédure, la preuve et l'éthique » *Développements récents en droit familial* (2012), Service de la formation continue du Barreau du Québec, Yvon Blais, Cowansville, 2012, section 3.2.

¹⁶⁰ *Young c Young*, *supra*, note 3, para 138

¹⁶¹ Art 34 CcQ, art 2844 al. 2 CcQ.

¹⁶² Art 394.1 Cp.c

dans son meilleur intérêt¹⁶³, nous sommes de l'avis contraire. Sauf les cas où l'enfant manifeste par lui-même le désir d'être entendu – ce qui est tout à fait dans son droit, au regard de l'article 34 C.c.Q., il faut faire preuve de grande prudence avant de faire témoigner l'enfant. Celui-ci expérimente fort probablement d'importants conflits de loyautés, lesquels ne peuvent être qu'empirés par le processus judiciaire¹⁶⁴. Faire témoigner l'enfant peut contribuer à accentuer le problème. De plus, un récent sondage indiquait que les adultes eux-mêmes n'appréciaient pas du tout l'expérience judiciaire. Comme les enfants n'ont pas décidé de vivre dans une famille séparée, et que cet unique fait leur occasionne fréquemment des inconvénients majeurs, tel subir le démantèlement de l'unité familiale, ils doivent être protégés au maximum de toute la démarche judiciaire. Il est d'ailleurs de plus en plus fréquent de voir des juges demander aux parties d'ordonner de ne pas discuter du litige devant l'enfant¹⁶⁵.

La discrétion judiciaire, pour bien protéger le meilleur intérêt de l'enfant, devrait faire en sorte que le témoignage de l'enfant réticent à le donner ne devrait pas avoir lieu, à moins d'être indispensable pour la solution complète du litige¹⁶⁶. D'autant plus que l'opinion

¹⁶³ Arthur Peter Nasmith « The Incoherent Voice », (1992) 8 Child and Family Law Quarterly 43; Claire Bernard, Robin Ward et Bartha Maria Knoppers « Best Interest of the Child Exposed : A portrait of Quebec custody and protection law », (1992) 11 Can. J. Fam. Law 127.

¹⁶⁴ Voir notamment : Carol Mahood Hudart et al. « Hearing the Voice of Children » (1992) 8 Child and Family Law Quarterly 98; Katherine R. Allen « A Survey of Child Custody Law in Ontario » (1993) 9 Child and Family Law Quarterly 11.

¹⁶⁵ Voir par exemple : *C. (S.) c P. (F.)*, sub nom. *Droit de la famille - 101243*, 2010 QCCS 2378 (CS), *L. (F.) c M. (C.)*, sub nom. *Droit de la famille - 092848*, 2009 QCCS 5464, *T. (S.) c B. (A.)*, sub nom. *Droit de la famille - 091658*, 2009 QCCS 3558, *C. (A.) c K. (Ag.)*, sub nom. *Droit de la famille - 09508*, 2009 QCCS 1011, *S. (C.) c T. (N.)*, sub nom. *Droit de la famille - 083660*, 2008 QCCS 6879, *T. (C.) c J. (D.)*, 2007 QCCS 5963, *L. (A.) c C. (N.)* Sub nom *Droit de la famille - 071866*, 2007 QCCS 3634, *B. (M.-C.) c D. (Y.)*, 2006 QCCS 4642, *G. (L.) c Gi. (J.-F.)*, 2006 QCCS 3775.

¹⁶⁶ Renée Joyal « L'enfant dont la garde est contestée : sa place dans le processus de décision », (1996) 37 C de D 51, à la p 59.

de l'enfant n'est que l'un des facteurs parmi tant d'autres qui peuvent influencer le juge dans sa décision¹⁶⁷.

2.1.2.3 Les expertises

Comme le litige de garde implique de vérifier ce qu'est le « meilleur intérêt » de l'enfant, le juge, ayant une formation juridique, n'est pas nécessairement le mieux placé pour déterminer ce que représente cet intérêt. En effet, il ne verra les parties que durant une journée ou deux, dans le contexte judiciaire et ne rencontrera pas toujours les enfants.

Ainsi dans les cas où les capacités parentales d'un parent sont contestées par l'autre, la tenue d'une expertise psychosociale dans le cadre de laquelle un expert nommé par la Cour ou par les parties rencontrera les parents, avec les enfants, et viendra témoigner au procès de ce qu'il considère être leur meilleur intérêt, est utile. Les deux parents doivent toutefois consentir à cette expertise, qui doit être autorisée par la Cour¹⁶⁸. Ainsi, si l'un des parents refuse l'expertise, elle n'aura tout simplement pas lieu. Notons que le juge n'est toutefois pas lié par l'opinion de l'expert, la preuve apportée par celui-ci n'étant que l'une des preuves à être examinées, parmi tant d'autres. Il doit toutefois motiver sa décision de s'en écarter, le cas échéant¹⁶⁹.

Il convient de souligner que la Cour supérieure met à la disposition des parties un système gratuit d'expertise psychosociale, ce qui est une mesure d'accès à la justice tout à fait nécessaire et justifiée puisque les coûts d'une expertise privée se situent entre 2 000 \$ et

¹⁶⁷ *Infra*, section 4.

¹⁶⁸ Art 814.3 et ss. Cp.c

¹⁶⁹ *J.M.R. c S.M.*, 2006 QCCA 140. Pour une étude plus approfondie de l'application de ce principe par les tribunaux québécois, voir : Nicole Parent « L'expertise psycho-légale ou psychosociale à la chambre de la famille », Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille 2010*, Yvon Blais, Cowansville, 2010, p 331.

15 000 \$¹⁷⁰. Ce système gratuit fait en sorte que plusieurs experts assignés à ces dossiers sont plutôt travailleurs sociaux que psychologues en raison d'un manque de ressources. Nous pouvons présumer que les psychologues sont moins intéressés par ce type d'expertise en raison du faible tarif qui leur est octroyé comparativement à lorsqu'ils agissent à titre d'expert privé.

Cela cause des inconvénients sur le plan du type de preuve apporté et de sa force. En effet, le Code des professions prévoit qu'il est du ressort exclusif des psychologues de :

fournir au public des services professionnels dans lesquels sont appliqués les principes et les méthodes de la psychologie scientifique; notamment, pratiquer la consultation et l'entrevue, utiliser et interpréter les tests standardisés des capacités mentales, d'aptitudes et de personnalité pour fins de classification et d'évaluation psychologiques et recourir à des techniques psychologiques pour fins d'orientation, de rééducation et de réadaptation »¹⁷¹

Quant à lui, le travailleur social ne fait qu'« intervenir auprès des personnes, des familles, des groupes ou des collectivités dans le but d'améliorer leur fonctionnement social »¹⁷².

Il en résulte que le travailleur social ne peut administrer aux parents les tests psychologiques, qui sont requis en psychologie dans certains cas pour établir la capacité parentale des parents, plus particulièrement dans les cas où elle est moins évidente à démontrer, tels les cas d'aliénation parentale. La force probante des expertises psychosociales des travailleurs sociaux ainsi que leur témoignage s'en trouvent alors affectés.

Il demeure que des expertises psychosociales qui ne sont utilisées que dans une minorité de cas¹⁷³, soit environ 10%. Le juge s'appuie donc en général sur les autres moyens

¹⁷⁰ Claude Gervais, « Combien coûte un divorce ? », Banque Nationale du Canada, 1^{er} décembre 2010, en ligne : http://www.jecomprends.ca/famille/couple/divorcer_combien_ca_coute_, consulté le 2 juillet 2012.

¹⁷¹ Art 37 (e) *Code des professions*, L.R.Q. C-26.

¹⁷² Art 37 (d) *Code des professions*, L.R.Q. C-26.

de preuve mentionnés dans la présente section afin de cerner le meilleur intérêt de l'enfant. Pour ce faire, il devra remplir lui-même le rôle d'expert.

2.1.2.4 Le procureur de l'enfant

Le législateur a prévu un autre outil spécifique au droit de la famille afin de respecter le droit à l'enfant d'être entendu¹⁷⁴, ainsi que son droit, comme toute autre personne, de bénéficier des services d'un avocat¹⁷⁵. Il s'agit de la nomination d'un procureur à l'enfant, qui doit être faite par le juge, même si les parties y consentent¹⁷⁶. L'enfant qui le souhaite peut également mandater lui-même son procureur¹⁷⁷.

Les honoraires du procureur de l'enfant sont payés la plupart du temps plutôt par l'aide juridique que par les parents, ce qui favorise l'indépendance de ce procureur. En effet, si l'enfant est financièrement admissible à l'aide juridique (ce qui est le cas pour la plupart des enfants mineurs qui n'ont que de faibles revenus ou des revenus inexistantes), les tarifs de l'aide juridique seront applicables¹⁷⁸. Chacun des parents se verra donc réclamer par l'aide juridique les frais du procureur de l'enfant, au prorata de leurs revenus. Le parent lui-même admissible à l'aide juridique gratuite n'aura cependant pas à payer¹⁷⁹.

Cette mesure est équitable puisqu'elle fait bénéficier le parent des tarifs de l'aide juridique et ce, malgré le fait qu'il n'y aurait pas droit en d'autres circonstances¹⁸⁰. Si l'enfant

¹⁷³ Les statistiques les plus récentes à cet effet datent de l'an 2000, et font mention de 10% des cas : Renée Joyal et Anne Quéniart « Les pratiques entourant la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée devant le tribunal : contexte historique et réflexions découlant de l'étude de dossiers judiciaires récents », (2001) 61 R du B 281 à la p 290.

¹⁷⁴ Art 34 CcQ.

¹⁷⁵ Art 34 CcQ. et art 39 de la Charte des droits et libertés de la personne.

¹⁷⁶ Art 394 Cp.c

¹⁷⁷ *Droit de la famille* – 1549, 1992 RJQ 825 (CA).

¹⁷⁸ Articles 6.1 et 7 du *Règlement sur l'aide juridique*, L.R.Q. C- A-14, r.2.

¹⁷⁹ Art 39 du *Règlement sur l'aide juridique*.

¹⁸⁰ Articles 6.1. et 7 du *Règlement sur l'aide juridique*.

n'était toutefois pas admissible à l'aide juridique, le procureur de l'enfant issu d'un cabinet privé pourra facturer son taux horaire usuel.

Le rôle du procureur de l'enfant, tel que circonscrit par la Cour d'appel il y a quelques années, est toutefois extrêmement limité. En effet, celui-ci doit, au même titre que l'avocat d'un adulte, respecter le mandat confié par son client¹⁸¹ :

Where a child is sufficiently mature to express his wishes and instruct counsel, I find it difficult to imagine that counsel would be entitled to express personal opinions before the court that are contrary to the wishes expressed by the child on the footing that, having been appointed by the court under Art. 394.1 C.C.P., she is entitled to express her recommendations as to the best interests of the child even if these recommendations do not coincide with the desires of her client.

[...]

41 An attorney representing a child is not a witness and she is not entitled to give evidence or opinions on the question of what she feels will be in the best interests of the child. That will be for the court to determine after it has heard all the evidence, including the evidence as to the wishes of the child, the evidence of the parents and others having some knowledge of the circumstances of the child, as well as any expert evidence relative to the child's best interest.

[...]

43 The role of an attorney appointed by a mature and capable child is simply to put forward the evidence and the submissions required to support the wishes of the child so that his voice can be heard. The weight to be attached to that voice will depend on the trial judge's appreciation of the evidence as a whole¹⁸².

Ainsi, le procureur de l'enfant ne peut indiquer au juge ce qu'il considère être dans le meilleur intérêt de son client, son rôle étant limité en quelque sorte à faire un compte-rendu du témoignage que l'enfant lui aura livré. Cette approche semble vider de son sens le rôle du procureur de l'enfant.

¹⁸¹ *F. (M.) c L. (J.)*, EJB 2002-29840, (CA).

¹⁸² *Ibid.*

En effet, les tribunaux ont reconnu à plusieurs reprises ne pas être liés par l'opinion de l'enfant, puisqu'elle peut être contraire à son meilleur intérêt¹⁸³. Or, il semble que le procureur de l'enfant, qui le rencontrera à quelques reprises et avec qui ce dernier pourra communiquer à sa guise durant le processus judiciaire, est dans une position privilégiée pour bien comprendre la dynamique familiale et les intérêts de son client. Bien qu'il doive exprimer les vues de l'enfant comme il le ferait pour un client majeur, il devrait lui être possible d'exprimer ses réserves quant à cette opinion, le cas échéant. Celles-ci seraient évidemment soumises à l'appréciation du tribunal.

Dans le cas contraire, nous voyons mal comment le rôle du procureur à l'enfant ajoute une plus-value réelle au simple témoignage de l'enfant sur le plan légal. Il a toutefois l'avantage de lui éviter une situation de conflit de loyauté additionnelle.

2.1.3 Les devoirs du juge dans le cadre du litige de garde

C'est donc à l'aide de ces outils, qui sont, comme nous l'avons démontré, d'une efficacité malheureusement plutôt relative, que les juges du litige de garde sont appelés à exercer leurs fonctions. Nous sommes d'avis que les juges sont appelés à exercer trois (3) fonctions principales dans ce cadre, soit la recherche du meilleur intérêt de l'enfant dans l'administration de la preuve, la reconstruction des faits et la détermination du meilleur intérêt de l'enfant dans le cas qui lui est soumis. Nous examinerons comment les valeurs des juges sont appelées à teinter chacune de ces étapes décisives.

¹⁸³ *C (M.) c Co. (S.), sub nom. Droit de la famille - 103221*, 2010 QCCS 5909, *C (M.) c M. (D.), sub nom. Droit de la famille - 093101*, 2009 QCCS 5887, *L. (F.) c B. (M.), sub nom. Droit de la famille - 082883*, 2008 QCCS 5374, *M. C c S. L., sub nom. Droit de la famille - 081810*, 2008 QCCS 3366, *E.K. (S.A.) c B. (I.)*, 2006 QCCS 5287, *D. (S.) c L. (E.)*, J.E. 2002-1740 (CS).

2.1.3.1 La recherche du meilleur intérêt de l'enfant

Tel que nous en avons fait état dans une section précédente¹⁸⁴, le juge qui préside le procès sera appelé à interpréter la notion du meilleur intérêt de l'enfant. Ce faisant, il devra, d'une part, être à même de se positionner sur ce que représente le meilleur intérêt d'un enfant. De par l'expression « meilleur » intérêt de l'enfant, nous pouvons en déduire que le juge sera appelé à se prononcer sur ce qui est « mieux » et donc, se prononcer sur ce qui constitue « la supériorité de bon »¹⁸⁵. Ainsi, le juge, avant d'entendre la cause, aura lui-même une conception abstraite, a priori, de ce qui est généralement mieux pour un enfant. Par exemple, un juge qui vient d'un milieu social aisé, ayant lui-même fréquenté une école privée et qui a envoyé ses propres enfants dans ce type d'école, pourra être plus enclin à favoriser le choix d'une telle école.

C'est ainsi que, pour certains, le meilleur intérêt de l'enfant signifie qu'il doit être dans un environnement émotionnellement stable, alors que pour d'autres, le meilleur intérêt de l'enfant signifie qu'il doit être exposé le plus possible à ses deux parents¹⁸⁶.

Cette conception qu'a le juge des éléments qu'il estime être dans l'intérêt d'un enfant viendra assurément teinter sa collecte d'information et lors de l'étude du dossier ainsi qu'au moment du procès. Des auteurs ont même souligné que les juges seraient plus interventionnistes aux fins de préserver le meilleur intérêt de l'enfant¹⁸⁷.

De fait, nous pouvons valablement formuler l'hypothèse que les questions qui seront posées par le juge aux témoins ainsi qu'aux procureurs seront reliées à cette conception qu'a

¹⁸⁴ *Ci-dessus*, chapitre 1.

¹⁸⁵ Le Nouveau Petit Robert, *supra*, note 43, « Meilleur ».

¹⁸⁶ Tétrault, *supra*, note 116.

¹⁸⁷ Dominique Goubau « Incidence de la réforme du droit de la famille sur le rôle des juges au Québec » (1988) 19 RGD 393 à la p. 398; Patrick Glenn « La responsabilité des juges », (1983) 28 McGill L J 229 à la p 256.

le juge du meilleur intérêt de l'enfant. De même, dans sa collecte d'information, le juge sera également appelé à retenir les éléments les plus pertinents, selon sa conception du meilleur intérêt de l'enfant.

Par ailleurs, en plus des valeurs des juges, il ne faut pas également oublier que leur bagage de subjectivité comprend également les cas qu'ils ont déjà jugés¹⁸⁸. Comme le mentionnaient King et Garapon¹⁸⁹ :

Plus fréquemment cependant, le choix dépendra principalement du système de valeurs personnel du juge, y compris la position qu'il a tenue précédemment dans des affaires similaires ou encore du statut ou de la crédibilité de l'expert qui élève la contestation¹⁹⁰.

Certains auteurs sont d'avis que les juges s'appuient sur les rapports d'expertise pour légitimer « les décisions qui en réalité reposent sur des jugements de valeur émanant d'une certaine culture ou encore d'une certaine classe sociale »¹⁹¹. Nous croyons que le même raisonnement peut être applicable à l'ensemble de la preuve soumise. Ainsi, il est possible qu'un juge tranche un litige de garde en ne retenant que les déclarations qui désavantagent la partie que le juge considère selon son jugement moins apte à exercer la garde.

2.1.3.2 La reconstruction des faits

Une fois qu'il a entendu la preuve, le juge doit par la suite reconstruire les faits, qu'il relatera avant de rendre jugement. Ce faisant, le juge doit nécessairement prendre en compte,

¹⁸⁸ Micheal King et Antoine Garapon « Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre », (1988) 10 Droit et société 431.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, à la p 450.

¹⁹¹ Michel Foucault, *Histoire de la Folie*, Paris, Union édition 1961; Martin Davies « Social Enquiry Reports for the Courts », (1974) 4 British Journal of Criminology 18.

les faits qu'il a eu l'occasion de constater de par la preuve, selon son appréciation, tel que nous en avons discuté plus haut.

En procédant à la reconstruction des faits, le juge sait que sa décision pourra être cassée en appel si elle n'est pas suffisamment étoffée par la preuve¹⁹², ou si son appréciation pourrait paraître manifestement déraisonnable aux yeux de la Cour d'appel¹⁹³. La norme applicable en matière de droit de la famille est encore plus élevée que celle applicable en droit civil quant aux questions de faits. Ces questions doivent être analysées avec une grande déférence pour le travail du juge de première instance, comme le soulignait la Cour dans *Van De Perre c. Edwards* :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon et Hickey*, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas prise en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve.

Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve¹⁹⁴.

Par conséquent, il est probable que le juge n'insistera pas de la même façon sur les éléments de fait qui militent dans le sens de la décision qu'il s'apprête à rendre que sur les autres, en prenant soin d'expliquer sommairement pourquoi il les écarte. Il aura le souci que

¹⁹² *Housen c. Nikolasen*, [2002] 2 RCS 235.

¹⁹³ *Ibid*, et *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 RCS 518, *Van De Perre c. Edwards*, *supra*, note 40.

¹⁹⁴ *Ibid*, para 15.

sa décision paraisse le mieux motivée possible¹⁹⁵. De la même façon, le juge essaiera d'évacuer de sa reconstruction des faits toute référence directe à des considérations de classe sociale, d'opinions politiques ou les répercussions que la décision pourrait avoir sur d'autres membres de la famille que l'enfant¹⁹⁶.

2.1.3.3 La détermination de la modalité de garde qui respecte le mieux le meilleur intérêt de l'enfant

Finalement, le juge sera appelé à déterminer quelle modalité de garde correspond au meilleur intérêt de l'enfant et ce, après avoir apprécié et reconstruit la preuve selon ses valeurs. Comme le standard du meilleur intérêt de l'enfant exige que le juge, et encore plus dans les cas dans lequel un expert psychosocial n'est pas nommé par le tribunal, est appelé à jouer un double rôle¹⁹⁷. D'une part il jugera de ce que représente le « meilleur intérêt de l'enfant », ce qui revient à se comporter comme un expert en cette matière et, d'autre part, il doit sélectionner les faits qu'il estimera pertinents pour analyser le meilleur intérêt de l'enfant en l'espèce.

Une étude menée il y a une douzaine d'années par la professeure Joyal auprès de juges démontre à quel point leurs valeurs teinteront leur décision quant à la garde :

« Donc, sept juges parmi les dix interviewés privilégient clairement la garde alternée, cette tendance confirmant les perceptions de nombreux observateurs, juges, avocats et experts, de même que les données découlant de nos propres recherches. S'appuyant sur l'intérêt de l'enfant, ces juges cherchent à minimiser les effets du divorce ou de la séparation sur les liens parents-enfant, et notamment sur les liens père-enfant, très souvent affaiblis à la suite d'une rupture. Ils veulent préserver l'unicité de la famille initiale de l'enfant et la continuité de son histoire familiale. »¹⁹⁸

¹⁹⁵ King et Garapon, *supra*, note 188 p 461

¹⁹⁶ *Ibid.*, à la p 462

¹⁹⁷ Bala, *supra*, note 65, à la p 30.

¹⁹⁸ Renée Joyal « Garde partagée de l'enfant – constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 Les Cahiers de droit 267, à la p 274

Ainsi, dans le cadre d'un litige où la garde d'un enfant est contestée, le juge appliquera les faits selon sa conception de ce que représente le meilleur intérêt de l'enfant. En ce contexte, deux valeurs principales s'opposent : la stabilité de la famille ou la maximisation des contacts entre les deux parents¹⁹⁹.

Or, les juges, en raison de croyances sociales qui veulent que la mère soit plus apte à s'occuper de ses enfants, lui accorderont encore dans la majorité des cas la garde exclusive. En effet, dans environ 67,3 %²⁰⁰ des cas, la garde des enfants sera confiée à la mère. Cette donnée ne concerne toutefois pas uniquement les cas contestés soumis au tribunal.

Les juges bénéficient donc d'outils plus ou moins efficaces afin de les aider dans la lourde tâche que représente la détermination du meilleur intérêt de l'enfant. En effet, ceux-ci sont tantôt d'une crédibilité relative, tantôt susceptibles d'augmenter les conflits de loyauté et tantôt trop limités dans leur apport potentiel quant à la détermination du meilleur intérêt de l'enfant.

Le juge se retrouve donc devant la preuve soumise avec sa conception bien à lui de ce que représente la norme du meilleur intérêt de l'enfant et ce que devrait être une bonne éducation pour celui-ci. Il interviendra tout au long du procès avec cette conception en tête, rédigera ses motifs et son jugement en conséquence, tentant de ne pas dévoiler les préjugés qui motiveront véritablement sa décision²⁰¹.

¹⁹⁹ Michel Tétrault, *La garde partagée et les tribunaux : une option ou une solution*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.

²⁰⁰ Institut de la Statistique du Québec : Un portrait statistique des familles au Québec, Ministère de la famille et des aînés, Gouvernement du Québec, Québec, 2011, chapitre 3, en ligne : http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF_Portrait_stat_chapitre3-3_11.pdf

²⁰¹ King et Garapon *supra*, note 188.

Chaque juge étant différent, l'on peut rapidement conclure que la disparité des décisions en droit de la famille est criante quant vient le temps d'interpréter le meilleur intérêt de l'enfant. C'est ce que nous vérifierons dans le cadre de la prochaine section.

2.2 La jurisprudence et le meilleur intérêt de l'enfant

2.2.1 Méthodologie

Afin de tenter de déterminer ce que les juges analysent comme étant le meilleur intérêt de l'enfant, nous avons jugé pertinent d'effectuer une étude qualitative des décisions rendues depuis les dix dernières années.

2.2.1.1 Analyse qualitative

Pour établir un échantillonnage valable de la jurisprudence pertinente en matière de garde, nous avons choisi de nous pencher sur les dix décisions des tribunaux d'appel (nous nous référerons également aux jugements de première instance lorsque requis) les plus souvent citées par la jurisprudence québécoise depuis les dix dernières années en matière de garde.

Nous nous sommes donc concentrée sur les articles de doctrine portant sur la garde d'enfants depuis 2002²⁰² en droit québécois, et sur les monographies de référence parues à la

²⁰² Dominique Goubau « La garde partagée, vague passagère ou tendance lourde ? », *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003; Michel Tétrault « Chronique - Arrêts récents de la Cour d'appel en matière de garde alternée : la tendance est très lourde, mais certains critères d'établissement de cette modalité de garde se précisent » dans *Repères*, Droit civil en ligne, janvier 2006, EYB2006REP412; Ines LeRoy « La garde alternée, une présomption jurisprudentielle », (2006) 27 (1) *Revue Québécoise de psychologie* 33; Sylvie Schirm, *supra*, note 101; Michel Tétrault « Commentaire sur la décision G. (T.- P) c M. (D.) - La Cour d'appel et la garde alternée : de certaines présomptions qu'applique une partie de la jurisprudence », dans *Repères*, *Droit civil en ligne*, août 2004, EYB2004REP241.

même époque²⁰³ en matière de droit de la famille, afin de vérifier quelles étaient les décisions les plus citées par les auteurs.

Par ailleurs, le fait que les tribunaux d'appel se penchent rarement à plus d'une reprise sur des questions de droit qui seraient les mêmes, nous pousse à conclure que les décisions rendues les plus fréquemment citées au cours de cette période représentent toujours l'état du droit. Soulignons toutefois qu'une marge d'erreur subsistera en ce qui a trait à nos résultats, puisque ce que ce ne sont pas tous les jugements prononcés dont les motifs font l'objet d'une transcription écrite, qui permettrait de retracer la jurisprudence citée.

2.2.1.2 Les jugements

Dans la doctrine consultée, nous avons retenu les dix décisions les plus citées et avons contre-vérifié ces résultats auprès des banques de jurisprudence La Référence et Soquij. Les deux banques de jurisprudence affichaient un nombre de jugements différents citant ces décisions. Nous avons retenu le nombre de citations le plus élevé quelque soit la banque. Le tableau ci-bas indique le nombre de fois que les arrêts ci-haut ont été mentionnés par la jurisprudence depuis 2002.

Tableau 1 (Références omises)

Arrêt	Instance	Année	Jugements citant	Juges rédigeant pour la majorité
Gordon c. Goertz ²⁰⁴	CSC	1995	518	McLachlin
Young c. Young ²⁰⁵	CSC	1993	212	L'Heureux-Dubé
T. (L.). c. L.A. (P.) ²⁰⁶	CA	2002	151	Dalphond

²⁰³ Dominique Goubau, Mireille Castelli, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Les presses de l'Université Laval, 2005; Jean Pineault et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006; Michel Tétrault *Le droit de la famille*, 4^e éd. Cowansville, Yvon Blais, 2005; Michel Tétrault, *La garde partagée et les tribunaux : une option ou une solution*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.

²⁰⁴ *Supra*, note 107.

²⁰⁵ *Supra*, note 3.

Arrêt	Instance	Année	Jugements citant	Juges rédigeant pour la majorité
P. (D.) c. S. (C.) ²⁰⁷	CSC	1993	83	L'Heureux-Dubé
G. L. c. N.F. ²⁰⁸	CA	2004	77	Dalphond
Van De Perre c. Edwards ²⁰⁹	CSC	2001	76	Bastarache
W. (V.) c. S.D. ²¹⁰	CSC	1996	68	McLachlin
D.M. (J.) c. D. (J.) ²¹¹	CA	1998	62	Denis, Nuss, Rousseau-Houle
G. (G.) c. J. (P.) ²¹²	CA	2005	45	Forget, Pelletier, Rochette
C. (G.) c. V.-F. (T.) ²¹³	CSC	1987	23	Beetz

Tel que ce tableau le démontre, les décisions de la Cour suprême que nous avons recensées sont, de façon générale, plus fréquemment citées que celles de la Cour d'appel. Il en va de même pour les décisions plus anciennes, que les tribunaux ont eu plus d'occasions de citer à travers le temps.

Fait surprenant toutefois, l'arrêt T.L. c. L.A.P.²¹⁴, émanant de la Cour d'appel et rendu en 2002, se classe au troisième rang des décisions les plus citées en matière de garde. Après analyse de ces décisions, nous constatons toutefois qu'une seule d'entre elles conclut à une garde alternée, soit l'arrêt de la Cour d'appel G.G. c. J.P.²¹⁵, rendu en 2005.

²⁰⁶ *Supra*, note 101.

²⁰⁷ *Supra*, note 7.

²⁰⁸ AZ-50253501 (CA).

²⁰⁹ *Supra*, note 40.

²¹⁰ *Supra*, note 12.

²¹¹ REJB 1998-08469 (CA).

²¹² EYB 2005-86089 (CA).

²¹³ *Supra*, note 6.

²¹⁴ *Supra*, note 101.

²¹⁵ *Supra*, note 212.

Ce résultat ne concorde toutefois aucunement avec les propos tenus par la doctrine depuis quelques années, à l'effet que nous assistons à une « tendance lourde »²¹⁶ et même d'une présomption jurisprudentielle²¹⁷, c'est à dire une présomption de fait, de garde alternée. Ces auteurs se fondent toutefois sur des décisions de première instance pour justifier cette assertion. À notre avis, bien que ces auteurs ne fassent pas de telles distinctions dans leurs écrits, la présomption à laquelle ils font référence serait une présomption légale, expressément mentionnée dans la loi et voulant qu'une fois que les capacités parentales seraient prouvées (fait connu), la garde alternée soit ordonnée (le fait qu'elle serait dans le meilleur intérêt de l'enfant constituant le fait inconnu), sous réserves de la preuve d'une contre-indication contraire renversant cette présomption²¹⁸.

Afin de nous assurer de la représentativité de notre échantillonnage, nous nous sommes penchées sur les décisions de la Cour d'appel et de la Cour suprême rendues depuis 5 ans, soit depuis le 1^{er} janvier 2007.

Ce nombre d'années a été choisi de façon aléatoire, pour vérifier la tendance récente. Les cinq autres décisions figurant sur le Tableau 2 s'ajoutent donc à notre étude.

²¹⁶ Goubau « La garde partagée, vague passagère ou tendance lourde ? », *supra*, note 202, Michel Tétrault « Chronique - Arrêts récents de la Cour d'appel en matière de garde alternée : la tendance est très lourde, mais certains critères d'établissement de cette modalité de garde se précisent », *ibid.*

²¹⁷ LeRoy, *supra*, note 24; Schirm, *supra*, note 21.

²¹⁸ Schirm, *ibid.*

Tableau 2 (Références omises)

Arrêt retenu	Instance	Année	Jugements citant	Juge rédigeant pour la majorité
A. c. B. ²¹⁹	CA	2007	21	Bich, Morissette, Rochon
Droit de la famille - 091332 ²²⁰	CA	2009	14	Thibault
Droit de la famille - 091541 ²²¹	CA	2009	13	Bich
Droit de la famille - 0720341 ²²²	CA	2007	6	Bich
A. c. B. ²²³	CA	2007	5	Dalphond, Morissette, Rochon

Notons que la Cour suprême ne s'est pas penchée de façon significative sur une question de garde durant cette période, ce qui explique l'absence d'ajouts de décisions qui en émanent. Ces arrêts confirment toutefois l'opinion des auteures précitées²²⁴, en ce que 3 sur 5 d'entre elles octroient une garde alternée.

C'est donc à partir de cet échantillonnage qualitatif de 15 décisions judiciaires que nous effectuerons notre analyse.

²¹⁹ EYB 2007-115671 (CA).

²²⁰ EYB 2009-159588 (CA).

²²¹ *Supra*, note 18.

²²² EYB 2007-123263 (CA).

²²³ EYB 2007-118088 (CA).

²²⁴ LeRoy, *supra*, note 24; Schirm, *supra*, note 21.

2.3 Les critères analysés par la jurisprudence

Afin de vérifier si la jurisprudence sélectionnée applique ou non une présomption de garde alternée, il convient d'analyser la façon dont les juges appliquent actuellement le standard du meilleur intérêt de l'enfant. Pour ce faire, nous étudierons les motifs qui les poussent à conclure à une formule de garde plutôt qu'à une autre. Nous nous sommes attardées aux motifs qui prennent le plus de place dans l'analyse des juges, laissant de côté les éléments qui semblaient plutôt accessoires.

2.3.1 La stabilité

La stabilité est sans contredit l'un des critères les plus souvent invoqués par les juges afin de justifier leurs décisions quant à la garde d'enfants. En effet, ce critère se dégage des motifs de chacune des quinze décisions que nous avons sélectionnées aux fins de notre analyse. Nous constatons toutefois que ce critère est appliqué bien différemment selon la conception qu'en a le juge.

Le plus souvent²²⁵, l'idée de stabilité sera invoquée à l'appui de la présomption de fait pour la garde en faveur du « premier pourvoyeur de soins » avancée par Golstein, Freud et Sulnit²²⁶. Cette présomption constitue en fait une évolution non sexuée de la doctrine de l'âge tendre²²⁷, laquelle veut que la mère soit plus apte que le père pour s'occuper des enfants. La présomption du « premier pourvoyeur de soin » présume qu'il est dans le meilleur intérêt de l'enfant que ce dernier soit confié à au parent qui « est disponible et qui a su répondre avec chaleur, constance, rapidité et régularité aux besoins de l'enfant, aura développé une

²²⁵ *Young c Young*, *supra*, note 3, *CG c V.F.-T.*, *supra*, note 6, *Gordon c Goertz*, *supra*, note 107, *GL c NF*, *supra*, note 208, *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 220.

²²⁶ *Supra*, note 2.

²²⁷ Goubau, *supra*, note 105.

image sécurisante auprès de l'enfant »²²⁸. La Cour suprême reconnaît clairement cette présomption dans l'arrêt *Young c. Young* :

[L']une des principales raisons justifiant l'adoption de cette présomption [du premier pourvoyeur de soins] n'est pas de supplanter l'intérêt de l'enfant en tant qu'objectif ultime, mais de veiller à ce que cet intérêt soit protégé. La présomption rétablit explicitement les valeurs d'engagements et d'habileté démontrée à s'occuper de l'enfant ainsi que du maintien du lien psychologique avec lui²²⁹.

De fait, les décisions citées par la Cour suprême et la majorité des décisions de la Cour d'appel étudiées accorderont une grande importance à la stabilité « psychologique » de l'enfant, basée sur ce qui précède.

C'est ainsi que dans deux arrêts rendus en 1996, *Gordon c. Goertz*²³⁰ et *W. (V.) c. S. (D.)*²³¹, la Cour suprême conclut même que la stabilité de la relation entre l'enfant et son « premier pourvoyeur de soin » justifie un déménagement de cet enfant à l'étranger et ce, au profit du maintien de la stabilité des contacts de l'enfant avec l'autre parent ainsi que son milieu de vie en général²³².

C'est également au nom de ce principe de stabilité que la présomption selon laquelle le premier pourvoyeur de soins est le mieux à même de s'occuper de l'enfant fut invoquée en

²²⁸ Michel Tétrault « La garde partagée et les tribunaux : une option ou une solution ? » Cowansville, Yvon Blais, 2006, à la p 95

²²⁹ *Supra*, note 3, à la p 85, juge l'Heureux-Dubé.

²³⁰ *Supra*, note 107.

²³¹ *Supra*, note 12.

²³² Anne-France Goldwater, « Long distance custody cases : are the child's best interests kept at distance ? » *Développements récents en droit familial* (1997), Cowansville, Yvon Blais, 1997, à la p 339; Roseline Arlic « Déménagement d'un parent gardien, déplacements d'enfants : les principes applicables » *Développements récents en droit familial* (1996), Cowansville, Yvon Blais, 1996, à la p 109; Nicholas Bala et Joanna Harris « Parental Relocation : Applying the Best Interests of the Child Test in Ontario », (2006) 22 Can J Fam L 127, Valérie Laberge, « L'arrêt *Gordon c. Goertz* a quinze ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été appliqués par les tribunaux québécois ? » (2011) 70 R du B 97.

1987 par la Cour suprême, lorsqu'elle accorda la garde de deux enfants à des tiers qui s'en étaient occupés depuis le décès de la mère, survenu un an avant l'introduction des procédures judiciaires²³³.

Fait surprenant, la stabilité est également interprétée dans le cadre de deux décisions de la Cour d'appel²³⁴ comme favorable à la garde alternée puisqu'elle permet la stabilité des contacts entre les deux parents²³⁵. Les propos de la juge Bich dans l'arrêt *Droit de la famille – 091541*²³⁶ quant à sa conception de la stabilité sont bien différents de ceux de la juge l'Heureux-Dubé, précités :

A priori, l'intérêt de l'enfant commande qu'il entretienne les rapports les plus étroits possibles avec les deux parents, la dissolution de la relation conjugale ne devant pas entraîner la disparition ou l'étiollement de la relation parentale. La stabilité du rapport entre chacun de ses parents et l'enfant est cruciale au développement de ce dernier et l'on ne saurait, dans les circonstances que révèle la preuve de l'espèce, privilégier l'apport de l'une des parties au détriment de l'autre. C'est leur double contribution qui permettra l'épanouissement de l'enfant.²³⁷

Il semble donc qu'il y ait eu une évolution quant à l'interprétation du critère de stabilité, pour inclure une conception qui est favorable à la garde alternée.

²³³ *C (G.). c V.-F. (T.)*, *supra*, note 6.

²³⁴ *Droit de la famille – 072034*, *supra*, note 222 et *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 18.

²³⁵ *Droit de la famille – 072034*, *ibid*, à la p 48 et *Droit de la famille – 091541*, *ibid*, à la p 71

²³⁶ *Ci-dessus*, note 18.

²³⁷ *Ibid*, para 71.

2.3.2 Les disponibilités des parents et leurs capacités parentales

Dans l'analyse que font les juges du meilleur intérêt de l'enfant, la disponibilité des parents et les capacités parentales occupent une place considérable. Notre analyse nous permet de dégager que chacune des décisions précitées a pris en considération ce concept.

À l'instar de la stabilité, les capacités parentales et disponibilités des parents seront majoritairement analysées en faveur d'une garde exclusive, spécialement dans le cas des décisions les plus anciennes précitées. En effet, ces variables militent majoritairement en faveur de la mère qui, encore aujourd'hui, travaille moins que le père à l'extérieur du foyer, et passe un nombre plus élevé d'heures à assumer les responsabilités parentales. Selon les dernières études québécoises, les femmes occupant un emploi rémunéré représentaient 47,8% de la population active du Québec²³⁸. Elles feraient également 60% du travail domestique²³⁹.

Il n'est pas donc surprenant que, dans la totalité des cas retracés accordant des gardes exclusives (10 des 15 arrêts) la garde ait été confiée à la mère²⁴⁰.

Afin de vérifier les disponibilités des parents, soit le temps et l'attention que le parent pourra dans les faits consacrer à l'enfant, et leurs capacités parentales, les juges se fondent sur des considérations passées de la relation parent-enfant. C'est ainsi que sept²⁴¹ décisions sur 15 concluent que la mère a des capacités parentales plus élevées que le père, huit²⁴² des capacités parentales équivalentes.

²³⁸ Institut de la Statistique du Québec, *supra*, note 200.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *CG. c V.F.(T.)*, *supra*, note 6, *P (D.). c S. (C.)*, *supra* note 7 *W. (V.). c S. (D.)*, *supra* note 12, *Gordon c Goertz*, *supra* note 107, *Van De Perre c Edwards*, *supra*, note 40 *Young c Young*, *supra*, note 3, *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 220.

²⁴¹ *T. L. c L. A.P.*, *supra*, note 101, *D. M.J. c D. J.* *supra*, note 211, *G.L. c N.F.*, *supra*, 208.

²⁴² *T.L. c L. A. P.*, *ibid.*, *G. L. c N.F.*, *ibid.*, *PD. c S.C.*, *supra*, note 7, *Young c Young*, *supra*, note 3, *Gordon c Goertz*, *supra*, note 107, *Van De Perre c Edwards*, *supra*, note 40, *W. V. c S. D.*, *supra*, note 12.

En examinant les capacités parentales, les tribunaux – d’appel, du moins, se font plutôt discrets quant aux éléments de fait sur lesquels ils se fondent. À part un cas où la capacité parentale du parent était remise en doute parce qu’il était en dépression²⁴³, dans les autres affaires, les juges semblent ne se fier sur la disponibilité du parent plus que sur ses véritables capacités à pourvoir aux besoins de l’enfant. Ils semblent tenir pour acquis qu’un parent qui s’est montré plus disponible que l’autre a nécessairement su développer des capacités parentales supérieures, ayant eu l’occasion de s’occuper de l’enfant de façon plus fréquente. À titre d’illustration, la juge Thibault de la Cour d’appel mentionnait dans l’arrêt *Droit de la famille - 091332*, rendu en 2009 :

La première concerne la capacité parentale de l’appelante. Elle constitue la figure parentale dominante auprès des enfants, s’en étant occupée de façon quotidienne depuis leur naissance. Elle présente toutes les qualités requises pour leur procurer les soins et le support nécessaires à leur développement physique, intellectuel, affectif et social.

Le second vise, cette fois, la capacité parentale de l’intimé. Ce dernier ne s’est pas impliqué de très près dans la vie de ses enfants, accordant beaucoup d’importance à son travail.²⁴⁴

La juge Bich, dans l’arrêt *Droit de la famille - 091541*, également rendu en 2009, a toutefois su cerner cette problématique particulière, alors qu’elle avait à trancher un litige portant sur la garde d’un enfant âgé de 23 mois. Ce faisant, elle effectue une analyse de la disponibilité du parent et de la capacité parentale, de façon diamétralement opposée à celle

²⁴³ *A. c B, supra*, note 223.

²⁴⁴ *Droit de la famille - 091332, supra*, note 220, para. 25 : « En définitive, toute la preuve convergeait vers l’octroi de la garde des enfants à l’appelante puisque c’est elle qui s’est occupée d’eux quotidiennement depuis leur naissance et cela, d’une manière irréprochable. Quant à l’intimé, il a été absent du domicile pour raison de travail pendant une période assez prolongée et lorsqu’il était présent, il s’est montré peu empressé à s’occuper d’eux, d’une part, et ses méthodes d’éducation étaient déficientes, d’autre part. C’est pour ces raisons, sans doute, que le juge de première instance a confié la garde des enfants à l’appelante, même s’il n’a pas fait d’analyse de la capacité parentale des parties, ni motivé autrement sa décision. »

que fait sa collègue la juge Thibault dans l'arrêt *Droit de la famille – 091332*, précité, rendu un mois plus tôt. La juge Bich précisait ainsi :

Que l'enfant soit jeune, personne n'en disconvient (il avait un an au moment du jugement de première instance, il a maintenant 23 mois). Que la mère ait été la figure dominante est exact aussi, encore qu'il faille ici relativiser la chose. L'intimée a en effet profité d'un congé de maternité/congé parental de 11 mois (de juillet 2007 à juin 2008). L'appelant, de son côté, a continué de travailler bien qu'il ait pris un mois de congé après la naissance.

On ne peut guère lui reprocher de n'en avoir pas pris davantage, vu les obligations financières du couple dont les revenus n'étaient pas très élevés et qui avait acheté une maison moins d'un an auparavant.

L'intimée a aussi allaité l'enfant, ce que l'appelant ne pouvait évidemment pas faire et qui a forcément donné à la première une présence avec laquelle le second pouvait difficilement rivaliser. À mon avis, la preuve révèle cependant, quoi qu'en dise l'intimée dans son témoignage et dans son exposé, que l'appelant s'est beaucoup — et bien — occupé de l'enfant²⁴⁵.

S'il est vrai que l'évaluation de la capacité parentale ne peut se faire qu'en se référant aux gestes posés dans le passé et dépend donc de la présence en heures et en attention du parent vis-à-vis de son enfant (disponibilité), les juges omettent dans la majorité des cas de pallier aux lacunes d'une telle évaluation, à l'exception de la juge Bich dans l'arrêt précité. C'est d'ailleurs le seul arrêt de notre sélection dans lequel une telle distinction entre les capacités parentales et la disponibilité dont a fait montre le parent est avancée.

2.3.3 Les conflits et la communication entre les parents

La littérature scientifique pose que les conflits entre les parents suite à une séparation représentent la plus grande difficulté, le plus grand danger psychologique potentiel pour

²⁴⁵ *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 18 para. 49.

l'enfant dont la cellule familiale éclate²⁴⁶. Les tribunaux ont bien intégré cette notion, et dans la moitié²⁴⁷ des jugements étudiés, ils prennent en considération ce critère.

En matière de conflits entre les parents et plus précisément de difficultés de communication, il est clair que ces deux éléments ont une moindre importance dans la décision du juge concernant la garde partagée depuis ces dernières années. En effet, dans l'arrêt D. (M.J.). c. D. (J.), la Cour d'appel réitérait ce qu'elle avait déclaré dans *Droit de la famille - 2955*²⁴⁸, c'est-à-dire :

[en] raison de l'hostilité qui paraît exister encore entre l'appelante et l'intimé, à la suite de la rupture de leur relation, des difficultés qu'a créées l'intimé dès le prononcé du jugement arrêtant le principe et les modalités d'une garde partagée, de la rigidité et de la crispation des parties dans l'application de chacune de celles-ci, il ressort qu'à l'heure actuelle, ce type de garde ne peut fonctionner adéquatement entre elles et suscite des conflits de nature à nuire à l'enfant²⁴⁹.

À la suite de la décision T. (L.). c. L.A. (P.), rendue en 2002 par la Cour d'appel, dans laquelle le juge Dalphond posait que la communication ne saurait constituer un obstacle à une garde alternée²⁵⁰, les décisions sont plus mitigées sur cette question, se contentant toutefois de réitérer le principe selon lequel la présence de telles difficultés ne peut à elle seule contrevenir à la mise en place d'une garde alternée²⁵¹.

²⁴⁶ Voir notamment : Denyse Côté, *supra*, note 322, Francine Cyr « Les conflits entre les parents, la séparation parentale et l'anxiété de l'enfant », (2007) 28 *Revue québécoise de psychologie* 63.

²⁴⁷ *Young c Young*, *supra*, note 3, *G.L. c N.F.* AZ-50253501 (CA) note 258, *D. M.J. c D. J.* *supra*, note 261, *T. L. c L. A.P.*, *supra*, note 101, *W. V. c S. D.*, *supra*, note 12, *G. G. c J. P.*, *supra*, note 262, *Droit de la famille - 091541*, *supra* note 18.

²⁴⁸ *Droit de la famille - 2955*, JE 98 746.

²⁴⁹ *D. M.J. c D. J.* *supra*, note 261, à la p. 4.

²⁵⁰ *T. L. c L. A.P.*, *supra*, note 101, para 45.

²⁵¹ *G. G. c J. P.*, *supra*, note 262, *A. c B.*, *supra*, note 219, *Droit de la famille - 091332*, *supra* note 270, *Droit de la famille - 091541*, *supra* note 18

Dans l'arrêt *Droit de la famille - 072034* rendu en 2007, la juge Bich mentionne même que les difficultés de communication ne doivent pas être un obstacle à la garde alternée, celle-ci permettant de maintenir une relation significative avec les deux parents alors que les conflits entre les parents et les difficultés de communication existantes pourraient nuire au maintien de la relation entre l'enfant et ses deux parents²⁵².

2.3.4 L'égalité entre les parents

Dans l'ensemble des décisions retenues, la majorité des pères (9 sur 15)²⁵³ demandaient une garde alternée, alors que la plupart des mères (14 sur 15) recherchaient une garde exclusive.

La question de l'égalité entre les deux parents a rarement fait l'objet de commentaires directs de la jurisprudence. L'on peut toutefois noter, les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans *Young c. Young* qui visait à l'exclusion de cette question de l'analyse :

Dans l'appréciation qu'ils font de l'ensemble des éléments pertinents, les tribunaux doivent veiller à ce que l'idéal de partage et d'égalité des parents ne masque pas la réalité concrète des arrangements relatifs à la garde et à l'accès, et à ce qu'il soit tenu compte des besoins et des préoccupations de l'enfant et que ceux-ci ne soient pas obscurcis par la revendication, dans l'abstrait, des droits parentaux²⁵⁴.

Elle réitérait ce principe dans l'arrêt *Van De Perre c. Edwards*, rendu au début des années 2000²⁵⁵. En effet, dans cet arrêt, il avait été plaidé que le juge de première instance

²⁵² *Droit de la famille - 091332*, supra note 270, à la p 11.

²⁵³ *T. L. c L. A.P.*, supra, note 101, *G.L. c N.F.* supra, note 258, *A. c B.*, supra, note 219, *Droit de la famille - 091332*, supra note 270, *Droit de la famille - 091541*, supra note 18, *Droit de la famille - 070234*, supra note 272, *A. c B.*, supra note 274, *G. G. c J. P.*, supra, note 262.

²⁵⁴ *Young c Young*, supra, note 3, à la p 85

²⁵⁵ *Van De Perre c Edwards*, supra, note 40.

avait confié la garde à la mère en s'appuyant sur des stéréotypes raciaux et sur la doctrine de l'enfant en bas âge. La Cour avait conclu qu'il n'était pas certain que le juge ait utilisé cette doctrine, puisqu'elle n'était pas expressément évoquée dans son jugement. Il est toutefois surprenant que la juge L'Heureux-Dubé ait souscrit aux motifs du juge Bastarache, puisqu'elle avait prôné dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*²⁵⁶ l'importance de la prise en compte d'office par le juge du contexte social. Si elle avait considéré le contexte social donc nous avons fait mention à la section précédente, c'est-à-dire que les hommes obtiennent moins fréquemment la garde des enfants, notamment en raison du fait qu'ils sont moins disponibles²⁵⁷ et que l'analyse de la situation se fonde majoritairement sur la relation passée du parent avec l'enfant, il nous semble qu'elle aurait pu arriver à une toute autre conclusion.

Nous constatons que les décisions de la Cour d'appel que nous avons retenues qui ont été rendues après l'an 2000²⁵⁸, accordent plus de place à la garde alternée (4 décisions sur 8 en accordent une)²⁵⁹, concluent majoritairement à des capacités parentales équivalentes (7 décisions sur 8)²⁶⁰ et, dans les cas où une garde exclusive est ordonnée, insistent vivement sur le maintien des liens entre l'enfant et le parent non gardien et en encourageant une évolution vers des accès plus généreux²⁶¹.

²⁵⁶ [1997] 3 RCS 484, para 121 et ss.

²⁵⁷ Ci-dessus, section 4.2.2.

²⁵⁸ Voir Tableau 2 et *G.L. c N.F. supra*, note 208, *G. G. c J. P. supra*, note 212, *T. L. c L. A.P. supra*, note 101.

²⁵⁹ *A. c B. supra*, note 219, *Droit de la famille – 091541, supra* note 18, *Droit de la famille – 070234, supra* note 222, *G. G. c J. P. supra*, note 212.

²⁶⁰ *A. c B. supra* note 224, *G.L. c N.F. supra*, note 208, *Droit de la famille – 070234, supra* note 222, *Droit de la famille – 091541, supra* note 18, *A. c B. supra*, note 219, *T. L. c L. A.P. supra*, note 101, *G. G. c J. P. supra*, note 212.

²⁶¹ *A. c B. supra* note 224, *G.L. c N.F. supra*, note 208.

2.3.5 Les autres considérations

Notre étude jurisprudentielle nous amène à constater que, depuis l'arrêt G.(G). c. P. (J.) précité, rendu en 2005, les tribunaux examinent systématiquement, sans y accorder la même attention, certains critères dans le cadre des litiges de garde alternée, ce qu'ils ne faisaient pas nécessairement auparavant. Ces critères sont les suivants :

1. Les capacités parentales des deux parents;
2. Leur projet de vie pour l'enfant est compatible avec la mesure de garde alternée;
3. Une certaine capacité de communication entre les parents est probable une fois la garde alternée mise en place²⁶².

À ceux-ci, se sont ajoutés l'âge de l'enfant, ses désirs, et la proximité des résidences²⁶³. Notre analyse nous permet toutefois de conclure qu'aucun de ces critères, à l'exception de la capacité parentale et de la communication, dont nous avons discuté plus haut, ne sera déterminant dans l'esprit du juge.

Dans les faits, le caractère éloigné des résidences fait généralement en sorte que les parents ne demanderont pas la garde alternée, celle-ci étant difficile à exercer compte tenu des difficultés pratiques que représente cet éloignement. C'est peut être ce qui explique que les demandes de garde alternée sont faites alors que les résidences des parties sont à une proximité relative, qui permet à l'enfant de fréquenter la même école lorsqu'il est chez sa mère que lorsqu'il est chez son père. Dans le cadre des 12 arrêts étudiés dans lesquels il

²⁶² G. G. c. J. P., *supra*, note 212, au para 4.

²⁶³ *Droit de la famille* – 091332, *supra* note 220, *Droit de la famille* – 091541, *supra* note 18, *Droit de la famille* – 070234, *supra* note 222, A. c. B., *supra*, note 222, A. c. B., *supra* note 224.

n'était pas question du déménagement du parent gardien²⁶⁴, la question de la proximité des résidences n'était pas matière à débat et fut disposée très rapidement par le juge, concluant que celle-ci ne posait pas problème.

L'arrêt Droit de la famille - 091541 fait toutefois exception à ce principe, en accordant une garde alternée d'un enfant dont les parents habitent deux villes différentes, dont la distance n'est pas précisée. On comprend toutefois du jugement qu'il ne sera peut être pas possible de conserver la mesure de garde alternée une fois que l'enfant sera en âge d'aller à l'école:

Ce n'est pas l'idéal, soit, mais toutes les situations de garde ont leurs inconvénients et, dans les circonstances, vu justement l'âge de l'enfant, la distance ville A/ville C ne peut être la raison de faire obstacle à une garde alternée qui répond à tous les autres critères²⁶⁵.

La compatibilité des projets de vie que les parents ont pour l'enfant n'est, à toutes fins pratiques jamais évoquée avec beaucoup de détails, si ce n'est dans les arrêts portant sur la liberté de religion du parent (*Young c. Young et P. (D) c. S. (C.)*). Il semble même exister une présomption de fait simple selon laquelle les projets de vie des deux parents pour leur enfant sont compatibles. En effet, selon la juge Bich dans Droit de la famille - 091541 : « rien dans la preuve ne démontre par ailleurs que les parents ont des projets de vie incompatibles »²⁶⁶. Elle fait ainsi reposer le fardeau de preuve sur le parent qui souhaite démontrer qu'ils ne sont pas compatibles.

²⁶⁴ Soit tous les arrêts mentionnés aux Tableaux 1 et 2 de la présente étude, sauf *Gordon c Goertz*, *supra*, note 107, *Van De Perre c Edwards*, *supra*, note 40, *Droit de la famille - 091332*, *supra* note 220.

²⁶⁵ *Droit de la famille - 091541*, *supra* note 18, para. 21.

²⁶⁶ *Ibid*, para 72.

L'âge de l'enfant ainsi que ses désirs seront également pris en compte par les tribunaux. Tel que le souligne la juge L'heureux-Dubé dans *P. (D.) c. S. (C.)*, le jeune âge de l'enfant a longtemps milité en faveur de l'attribution de la garde à la mère²⁶⁷. Il est encore le plus souvent invoqué afin de favoriser l'octroi de la garde exclusive à la mère²⁶⁸. Si la Cour d'appel l'évoquait dans son arrêt *G. (L.) c. N. (F.)* de façon plus directe²⁶⁹ pour justifier un tel choix, elle a émis certaines réserves dans l'arrêt *Droit de la famille - 091541*, mentionnant que la garde alternée n'est pas à exclure lorsque l'enfant était en bas âge « et peut être octroyée si les facteurs à considérer, dans l'ensemble, le justifient »²⁷⁰. Notons que la même année, dans son arrêt *Droit de la famille 091332*, la Cour d'appel a toutefois limité les droits d'accès du père à deux semaines durant l'été, s'appuyant sur l'âge des enfants, lesquels étaient âgés de 5 et 3 ans²⁷¹.

L'âge de l'enfant sera toutefois considéré par les tribunaux en parallèle avec ses désirs. Dans l'arrêt *C. (G.) c. V. (F.T.)*, arrêt précurseur s'il en est un²⁷², la garde des deux adolescentes avait été confiée à des tiers, suivant leur désir²⁷³. Cela soulève la question non résolue de savoir si la solution aurait été la même si le parent qui demandait à obtenir la garde était la mère.

²⁶⁷ *PD. c S.C.*, *supra*, note 7, à la p. 44

²⁶⁸ *Gordon c Goertz*, *supra*, note 107, *Van De Perre c Edwards*, *supra*, note 40, *Droit de la famille - 091332*, *supra* note 220, *Young c Young*, *supra*, note 3, *G.L. c N.F.*, *supra*, note 208, *D. M.J. c D. J.*, *supra*, note 261, *T. L. c L. A.P.*, *supra*, note 101, *W. V. c S. D.*, *supra*, note 12, *PD. c S.C.*, *supra*, note 7.

²⁶⁹ *G.L. c N.F.*, *supra*, note 208.

²⁷⁰ *Droit de la famille - 091541*, *supra* note 18, para 57.

²⁷¹ *Droit de la famille - 091332*, *supra* note 220, para. 56.

²⁷² La Cour avait confié la garde des enfants à des tiers, plutôt qu'à leur père, en 1987.

²⁷³ *CG. c V.F.(T.)*, *supra*, note 6.

Dans les années 1990, la juge l'Heureux-Dubé soulevait que les désirs de l'enfant devaient être considérés lorsque cela était possible²⁷⁴ et, dans *Gordon c. Goertz* précité, la Cour suprême réitère qu'il faut d'ailleurs en tenir compte dans le cadre du déménagement du parent gardien²⁷⁵. Pourtant, ce critère n'a été déterminant dans aucune des 6 décisions recensées rendues dans les années 1990.

L'âge de l'enfant fut cependant invoqué plus fréquemment à partir des années 2000, tous les jugements ayant été rendus après cette année en faisant mention²⁷⁶. Toutefois l'opinion de l'enfant sera rarement un facteur déterminant, la Cour d'appel ayant même reconnu dans l'arrêt *Droit de la famille - 070234* que l'opinion d'une enfant de 11 ans ne constitue pas un changement significatif donnant ouverture à une révision de l'ordonnance de garde alternée²⁷⁷. Le banc presque identique²⁷⁸ constitué dans l'arrêt *A. c. B.* rendu la même année posait toutefois :

Sans être exclusif, le facteur du choix de l'enfant qui a atteint l'âge de 12 ans est largement déterminant. Certes, le juge de la Cour supérieure n'est pas lié par ce choix notamment si d'autres facteurs indiquent fortement qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de donner suite à sa volonté. Soit dit avec égards, la décision du juge de la Cour supérieure doit être réformée et ce pour plusieurs motifs. D'abord, il n'accorde aucun poids au choix d'une jeune adolescente de 14 ans qui a manifesté le désir de vivre avec son père une semaine sur deux²⁷⁹.

²⁷⁴ *PD. c S.C.*, *supra*, note 7, à la p 43.

²⁷⁵ *Gordon c Goertz*, *supra*, note 107, para 49.

²⁷⁶ Sauf ceux où les enfants étaient trop jeunes pour exprimer leur opinion, soit : *Droit de la famille - 091332*, *supra* note 220, *Droit de la famille - 091541*, *supra* note 18, *A. c B.*, *supra* note 223.

²⁷⁷ *Droit de la famille - 070234*, *supra* note 222, para 39.

²⁷⁸ Bich, Côté, Morrisette dans *Droit de la famille - 070234*, *ibid* et Bich, Morisette et Rochon dans *A. c B.*, *supra*, note 219.

²⁷⁹ *A. c B.*, *supra*, note 219, para 28 à 30.

Nous constatons que les juge Bich et Morissette ont appliqué le facteur de l'âge de l'enfant de manière bien différente en l'espace de quelques mois, mais concluant à ces deux reprises à une garde alternée.

2.4 Conclusion de la deuxième partie

Notre étude nous pousse à conclure qu'il y a très certainement eu une évolution quant à la conception que les juges se font du meilleur intérêt de l'enfant depuis les premiers jugements examinés dans notre étude et datant des années 1990. Le fait que ces jugements soient encore cités de façon aussi abondante par la jurisprudence est toutefois signe que plusieurs juges suivent encore cette interprétation du meilleur intérêt de l'enfant, voulant pour la plupart que sa garde soit confiée à son premier pourvoyeur de soins.

Les résultats extraits de notre étude des décisions rendues depuis les années 2000 corroborent toutefois les recherches de plusieurs auteurs ayant mentionné qu'une partie des juges appliquent une présomption de fait de garde alternée.²⁸⁰

Cela semble rejoindre les conclusions de la professeure Joyal, dans son étude des décisions de la Cour supérieure : « nombre de juges privilégient cette formule en présence de certaines conditions de faisabilité et d'opportunité et cela, dans certains cas, même si les communications sont difficiles entre les parents »²⁸¹. Nous posons que, si des juges de la Cour supérieure concluent de cette façon, en raison de la grande déférence qui leur est attribuée en appel, il est probable ces mêmes résultats se reflètent dans l'analyse des décisions de la Cour d'appel.

²⁸⁰ LeRoy, *supra*, note 24, Schirm, *supra*, note 21, Renée Joyal et Anne Quéniart « La garde contestée de l'enfant à la suite d'une rupture conjugale : des juges de la Chambre de la famille s'expriment sur divers aspects de la question » (2001) 35 PRISME 116.

²⁸¹ Renée Joyal *supra*, note 198, à la p 279

Les critères de la stabilité, de l'âge, du désir de l'enfant et des capacités parentales ont fait l'objet d'une interprétation qui a varié selon le temps. En effet, de plus en plus de juges concluent désormais à des capacités parentales et des disponibilités équivalentes des deux parents²⁸². Malgré ce qu'ils disent, les tribunaux n'examinent pas avec la même attention tous les facteurs dans leur analyse, la disponibilité des parents et la stabilité de l'enfant demeurant les deux facteurs les plus déterminants.

Bien qu'une tendance se soit dessinée en faveur de la garde alternée durant les dernières années, les décisions judiciaires demeurent toutefois plutôt imprévisibles. Les critères sont modulés par l'interprétation que les juges en font, selon leur propre conception du meilleur intérêt de l'enfant. L'exemple le plus marquant demeure selon nous les deux décisions rendues en 2009, dans lesquelles les éléments de stabilité et le jeune âge des enfants sont interprétés de façon diamétralement opposés par les juges de la Cour d'appel. Elles furent tantôt invoquées pour justifier le choix d'une garde exclusive (stabilité du lien psychologique)²⁸³, tantôt pour appuyer celui d'une garde alternée (stabilité des contacts)²⁸⁴.

De plus, en dépit du faible nombre des décisions analysées (15 en tout), nous estimons être en mesure de déceler la position de certains juges de la Cour d'appel quant à la garde alternée. Celle-ci reflète une notion d'égalité entre les deux parents, alors que la garde exclusive a, selon nous, tendance à cacher un préjugé favorable à l'égard de la mère, comme le démontrent le grand nombre de décisions dans lesquels les juges de la Cour d'appel

²⁸² Voir la jurisprudence citée sous la note 242.

²⁸³ *Droit de la famille* – 091332, *supra* note 220.

²⁸⁴ *Droit de la famille* – 091541, *supra* note 18.

n'analysent en fin de compte que le critère de disponibilité dans le cadre de l'évaluation des capacités parentales²⁸⁵.

Les exemples des juges L'Heureux-Dubé et Bich sont très évocateurs à cet égard. Ces deux femmes, de générations différentes²⁸⁶, ont toutes deux beaucoup contribué à l'évolution de l'égalité homme-femme dans leurs carrières respectives.

Leur position en matière de garde d'enfant semble toutefois opposée. En effet, dans chacune des décisions étudiées où la juge l'Heureux-Dubé siégeait, soit *P. (D.) c. S. (C.)*, *W. (V.) c. S. (D.)*, *Gordon c. Goertz*, *Van De Perre c. Edwards* et *Young c. Young* précitées, une garde exclusive est accordée. La juge se montre en faveur de la présomption de fait de garde en faveur du premier pourvoyeur de soins²⁸⁷, conclut que la doctrine de l'âge tendre relève du « gros bon sens »²⁸⁸, se montre favorable à l'exercice de l'autorité parentale exclusif par le parent gardien²⁸⁹ et présumerait de la validité de l'ordonnance initiale de garde au moment du déménagement du parent gardien (permettant ainsi le déménagement de l'enfant avec son parent gardien, c'est à dire dans la plupart des cas, la mère)²⁹⁰. Il ressort clairement de l'analyse de ces motifs la présence d'un certain stéréotype fondé sur le fait que la mère serait plus encline que le père à s'occuper des enfants et que, de toute façon, c'est elle qui le fera si une garde alternée est ordonnée²⁹¹. De plus, l'analyse de l'œuvre de la juge l'Heureux-Dubé à la Cour suprême porte à conclure que les préoccupations des féministes de l'époque

²⁸⁵ *Supra*, section 4.2.2.

²⁸⁶ La Juge l'Heureux-Dubé a été admise au Barreau en 1952 (source : Notice biographique de l'Honorable Claire L'Heureux-Dubé, en ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/lheureux-dube/index-fra.asp>). La juge Bich a été admise au Barreau en 1978 (source : Notice biographique de l'Honorable Marie-France Bich, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/Apropos/Juges/Biographies/BichMF.html>.)

²⁸⁷ *Young c. Young*, *supra*, note 3.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *PD. c. S.C.*, *supra*, note 7.

²⁹⁰ *Gordon c. Goertz*, *supra*, note 107.

²⁹¹ *Young c. Young*, *supra*, note 3.

pertinente, en faveur d'une reconnaissance du rôle des femmes dans la société et dans la famille, ont vastement inspiré ses analyses²⁹².

De façon diamétralement opposée, la juge Bich, sur les trois décisions étudiées auxquelles elle a pris part, *Droit de la famille* – 091541, *Droit de la famille* – 072034 et *A. c. B.* précitées, conclut systématiquement à une garde alternée. Elle décèle les problèmes potentiels qui peuvent résulter d'une présomption fondée sur le fait connu, soit l'identité du premier pourvoyeur de soins et qui en déduit le fait inconnu qu'octroyer la garde à ce dernier sera dans le meilleur intérêt de l'enfant, en concluant qu'il ne faut pas regarder uniquement le passé de la relation parent-enfant (qui peut injustement favoriser la mère) mais qu'il faut également regarder le futur²⁹³. Elle reconnaît que les pères ont des capacités parentales équivalentes à celles des mères pour s'occuper des jeunes enfants²⁹⁴. Elle conclut dans deux affaires dans lesquelles les enfants étaient âgés de 11 et 12 ans, que tantôt que l'opinion de l'enfant est primordiale²⁹⁵, alors que l'enfant désire une garde alternée, et tantôt qu'elle n'est pas déterminante²⁹⁶, alors que l'enfant souhaite une garde exclusive. La juge Bich ayant œuvré en droit du travail durant l'ensemble de sa carrière²⁹⁷, peut-être a-t-elle été plus sensibilisée aux problématiques accrues de conciliation travail-famille que subissent les pères ?

Ces conclusions, bien que peu scientifiques, vont toutefois dans le même sens que celles de la professeure Renée Joyal dans une enquête auprès des juges de la Cour supérieure,

²⁹² Marie-Claire Belleau, François Lacasse « Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002 », *La Société historique de la Cour suprême du Canada et Wilson & Lafleur Ltée*, Ottawa, Canada, 2004.

²⁹³ *Droit de la famille* – 091541, *supra* note 18.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *A. c. B.*, *supra*, note 219

²⁹⁶ *Droit de la famille* – 070234, *supra* note 222, para 39.

²⁹⁷ Notice biographique de l'Honorable Marie-France Bich, *supra*, note 286

qui concluait que ceux-ci avaient leur idée sur la garde alternée et que certains l'ordonnaient aussi souvent que possible²⁹⁸.

²⁹⁸ Joyal et Quéniart, *supra*, note 280.

CHAPITRE III

3 LA PRÉSUMPTION LÉGALE SIMPLE DE GARDE ALTERNÉE : UNE OPTION POSSIBLE POUR LE QUÉBEC

3.1 Les débats sur la présomption légale de garde alternée au Canada

Il convient maintenant de mettre en contexte la présomption légale de garde alternée, en vérifiant les positions des principaux intervenants et les arguments avancés par ceux-ci en faveur ou à l'encontre de la présomption de garde alternée.

Au Canada, la question de l'adoption formelle d'une présomption de garde alternée, c'est-à-dire l'adoption d'une présomption légale, fait l'objet de débats importants depuis les 15 dernières années²⁹⁹. Le gouvernement fédéral avait même, en 2003, présenté un projet de Loi visant à modifier la Loi sur le divorce et les mesures accessoires, lequel est toutefois « mort au feuillet », en raison du changement de gouvernement. Dans le cadre des débats, la question de la présomption légale de garde alternée avait été longuement abordée. En 2009,

²⁹⁹ Bien qu'il y ait pu y avoir un certain nombre d'auteurs prenant position à cet égard avant cela, dont notamment Nicolas Bala et Suzan Miklas, « Rethinking decisions about children : Is the « best interests of child » approach really in the best interests of children ? » Toronto, The Policy Research Centre on Children, Youth and Family, 1993.

un député du Manitoba présentait un projet de loi prévoyant le « partage égal du temps parental », lequel ne fut jamais adopté. Ces deux projets de loi ont fait réagir de nombreux groupes sociaux quant à la présomption légale de garde alternée. Après avoir mis en contexte les projets de loi, nous étudierons les arguments juridiques, psychologiques, sociologiques et économiques qui furent présentés à son endroit, afin d'évaluer si elle constitue une alternative qui s'inscrit dans le meilleur intérêt de l'enfant.

3.1.1 Les projets de loi C-22 et C-422

3.1.1.1 Le contexte

En 1997, le législateur fédéral réformait en partie le droit de la famille, avec les Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants³⁰⁰. Depuis, les pensions alimentaires pour enfants sont perçues directement sur la paie du payeur et fixées uniformément. Les provinces ont également adopté leurs propres lignes directrices, lesquelles tiennent compte de leur fiscalité propre. Au Québec, ces lignes sont édictées en vertu du Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants³⁰¹. Cet amendement législatif faisait écho à des revendications de bon nombre d'associations de femmes³⁰², les mères rencontrant jusqu'alors beaucoup de difficultés en matière d'exécution des ordonnances alimentaires.

Lors des consultations publiques portant sur ce projet de loi, les pères avaient mis en lumière, par de nombreux témoignages, qu'ils subissaient une forme de désavantage dans le

³⁰⁰ LC 1997, ch 1, art 11

³⁰¹ LRQ c-25, r6.

³⁰² Notamment le Comité canadien d'action sur le statut de la Femme et le Conseil national des femmes du Canada ainsi que les organismes provinciaux du même type.

cadre des litiges de garde³⁰³. La réponse du gouvernement fut de pallier au besoin des mères, en réformant le régime des pensions alimentaires, mais de ne pas entendre les prétentions des pères quant aux litiges de garde³⁰⁴.

Les revendications des pères menèrent toutefois à la création en 1998 d'un Comité mixte spécial, dont le mandat était le suivant :

[e]xaminer et [a]nalyser les questions des ententes concernant la garde, les droits d'accès et l'éducation des enfants après la séparation ou le divorce des parents. Plus particulièrement, que le comité mixte soit chargé d'évaluer le besoin d'une approche davantage centrée sur les enfants dans l'élaboration des politiques et des pratiques du gouvernement en droit de la famille, c'est à dire sur une approche qui mette l'accent sur les responsabilités de chaque parent et sur les besoins des enfants et leur meilleur intérêt, au moment de la conclusion des ententes concernant l'éducation des enfants³⁰⁵.

Dans le cadre des travaux de ce comité, plusieurs groupes de femmes et groupes de pères, furent entendus. Leurs points de vue étaient diamétralement opposés : les groupes de femmes souhaitaient essentiellement une présomption légale de garde en faveur du premier pourvoyeur de soins³⁰⁶, afin de maintenir leur rôle de parent gardien après la désunion³⁰⁷ alors que les groupes de pères souhaitaient plutôt l'établissement d'une présomption légale de garde alternée, prétendant que la norme actuelle les désavantageait en raison des stéréotypes³⁰⁸. Les positions de ces deux grands groupes, bien qu'opposées, illustrent

³⁰³ Rapport du Comité mixte spécial sur la garde des enfants et les droits de visite, *Pour l'amour des enfants*, Parlement du Canada, 1998, à la p 1.

³⁰⁴ *Ibid.*, à la p 145.

³⁰⁵ *Ibid.*, à la p 50.

³⁰⁶ Francine Leduc, « Le rapport canadien *Pour l'amour des enfants* : autonomie et droits des enfants, groupes de femmes et groupes de pères » (2000) 44 *Lien social et Politique* 141. à la p 147.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*, à la p 148

l'inefficacité et l'insatisfaction des usagers du système judiciaire à l'égard du critère actuellement mis en place quant à la garde d'enfant.

Aux termes de ces consultations publiques, le Comité présenta, en 1998, un rapport spécial intitulé *Pour l'amour des enfants*³⁰⁹, lequel faisait état de certaines recommandations au gouvernement en vue de l'adoption d'un projet de Loi qui modifierait la Loi sur le divorce. L'une des recommandations de ce rapport était surprenante compte tenu de ce qui précède en ce qu'elle proposait qu'aucune présomption légale ne soit adoptée en faveur de l'un ou l'autre des parents³¹⁰.

3.1.1.2 Le projet de loi C-22

Le projet de loi C-22 fut présenté en 2002³¹¹ par le Ministre de la famille de l'époque, Martin Cauchon. Il remplaçait la notion d'autorité parentale par celle de « responsabilités parentales »³¹², afin de mettre l'emphasis sur les obligations qui découlent du fait d'être parent. Au même titre, il n'était plus question de garde exclusive ou de garde alternée, mais plutôt de partage du temps parental, afin d'éliminer la notion de gagnant et de perdant qui découle de la dynamique garde/droits d'accès³¹³. Au lieu d'instaurer une présomption légale de garde alternée ou de garde en faveur du premier pourvoyeur de soins, le projet de loi prévoyait, à son article 16, une série de critères supplémentaires à prendre en considération afin de déterminer l'intérêt de l'enfant. Ces éléments sont représentatifs de ceux généralement pris en

³⁰⁹ Comité mixte spécial, *supra*, note 303.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ 1^{ière} lecture le 10 décembre 2002

³¹² Art 16 PL. C-22.

³¹³ Chambre des communes, vol. 138, no 52, 2^e session, 37^e législature, le mardi 4 février 2003, à la p 3102.

considération par la jurisprudence³¹⁴. Ainsi le projet de loi énonce explicitement qu'il faut tenir compte de « l'historique des soins apportés à l'enfant »³¹⁵, et, au paragraphe précédent du maintien des rapports entre l'enfant et l'autre époux³¹⁶. Cette disposition semble vouloir contenter tout le monde, soit celles qui souhaitaient une présomption de garde en faveur du premier pourvoyeur de soins, et ceux qui souhaitaient une présomption de garde alternée.

Par ailleurs, une telle liste d'éléments ne contribue aucunement à objectiver la norme tel que le demandaient, directement ou indirectement, les groupes sociaux dans le cadre des consultations publiques. Au contraire, les critères ajoutés sont vagues, imprécis et donnent ouverture à la discrétion judiciaire pour que les juges puissent y ajouter toute considération qu'ils jugent utiles³¹⁷.

Si le changement terminologique proposé par le gouvernement en place semble souhaitable, le changement proposé sur le plan de la garde est peu significatif puisqu'il permet toujours aux juges de favoriser la garde exclusive ou la garde alternée, selon ce qu'ils considèrent être dans le meilleur intérêt de l'enfant, tel qu'ils le font déjà³¹⁸.

3.1.1.3 Le projet de loi C-422

Le projet de Loi C-422 a été présenté en 2009 par un député du Manitoba, Maurice Vellacot. Celui-ci contenait cette fois-ci une présomption légale simple de garde alternée, dont le libellé était le suivant : « lorsqu'il rend une ordonnance parentale (...), le tribunal applique la présomption selon laquelle le partage égal du temps parental entre les époux est

³¹⁴ Ci-dessus, section 4.

³¹⁵ Art 16.2 (b) PL C-22.

³¹⁶ Art 16.2 (1) a) PL C-22.

³¹⁷ Goubau, *supra*, note 105 p 12.

³¹⁸ Renée Joyal, Anne Quéniart « La garde contestée de l'enfant à la suite d'une rupture conjugale : des juges de la Chambre de la famille s'expriment sur divers aspects de la question », (2001) 35 PRISME 116.

dans l'intérêt de l'enfant à charge »³¹⁹. Cette présomption aurait pu être repoussée s'il était établi que l'intérêt de l'enfant serait « considérablement mieux servi par un partage inégal du temps parental »³²⁰.

L'expression « considérablement mieux servi » a été critiquée par de nombreux intervenants qui jugeaient la norme trop exigeante pour celui ou celle qui souhaiterait demander une garde exclusive³²¹. Nous sommes en accord avec ces commentaires, jugeant qu'une présomption légale qui pourrait être renversée s'il est démontré que la garde alternée n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant est plus susceptible de préserver le respect des intérêts de ce dernier. Il est selon nous primordial de conserver le standard du meilleur intérêt de l'enfant quant aux litiges de garde le concernant. En effet, l'enfant est souvent placé en conflit de loyauté suite à la rupture de l'union de ses parents, ou très jeune et incapable d'exprimer valablement son opinion. Sa position risque donc d'être sous-représentée dans le processus judiciaire, alors qu'il s'agit d'une décision qui aura un impact direct sur sa vie. Afin de valablement préserver cet intérêt, on ne peut valablement passer outre le maintien de ce standard. Bien que cela crée une certaine insécurité juridique pour les parents qui voudront obtenir la garde exclusive, nous sommes d'avis que la présomption légale de garde alternée diminuerait toute de même considérablement l'imprévisibilité générale qui règne en matière familiale.

³¹⁹ Art 16 (4) a) du PL C-422.

³²⁰ Art 16 (5) du PL C-422.

³²¹ Association du Barreau Canadien, « Mémoire du projet de loi C-22 : La réforme de la Loi sur le divorce », Ottawa, août 2003; Association nationale de la femme et du droit, « Commentaire sur le projet de loi C-22 », Ottawa, juillet 2003; Barreau du Québec, Mémoire sur la « Loi modifiant la Loi sur le divorce, la loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence », Montréal, août 2003.

Le projet de Loi C-422 n'a toutefois fait l'objet que d'une première lecture, en 2009, n'ayant plus jamais été étudié en chambre par la suite vu le changement de gouvernement intervenu. Son dépôt a toutefois donné l'occasion à un certain nombre d'associations de se positionner de nouveau quant à la présomption légale de garde alternée.

3.2 Analyse des arguments en faveur ou en défaveur de la présomption de garde alternée

Notre analyse des débats relatifs à cette présomption est centrée sur les articles de doctrine parus sur le sujet au Canada dans des revues scientifiques avec comité de lecture, ainsi que quelques articles américains puisque la question est discutée depuis environ 30 ans aux États-Unis, soit depuis beaucoup plus longtemps qu'au Canada, où la question n'est discutée que depuis une quinzaine d'années. La doctrine américaine est particulièrement riche sur cette question et nous l'avons retenue lorsqu'elle traitait de sujets sur lesquels la doctrine canadienne était moins approfondie.

Quant aux mémoires analysés, nous avons concentré notre recherche sur les groupes de pères et groupes de mères ainsi que les différents Barreaux.

3.2.1 Les arguments d'ordre psychologique

Plusieurs auteurs³²² et groupes sociaux majoritairement féministes³²³, soutiennent que la garde alternée ne serait pas dans le meilleur intérêt de l'enfant au plan psychologique. Se

³²² Denyse Côté « Champ libre : La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? » (2004) 23 *Nouvelles Questions féministes* 80; Denyse Côté « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde alternée comme phénomène social » (2006) 27 *Revue Québécoise de psychologie* 19; Pierrette Fortin « Un regard féministe sur les modèles de la famille », (2005) 30 *Atlantis* 81; Constance Ahrons « Predictors of paternal involvement post-divorce : Mothers' and fathers' perceptions », (1983) 6 *Journal of Divorce* 55; Katherine Bartlett et Christine Sack « Joint custody, feminism, and the dependency dilemma », (1986) 2 *Berkeley Women's Law Journal* 941; Susan Boyd « Walking the Line: Canada's Response to Child Custody Law Reform Discourses », (2003) 21 *Canadian Family Law Quarterly* 397; Jay Folberg

basant sur les travaux des psychologues américains Goldstein, Freud et Sulnit³²⁴, ils invoquent que la garde alternée déstabilise l'enfant dans ses relations avec le parent qui lui a dispensé le plus de soins avant la séparation³²⁵. L'Association nationale femmes et droit proposait même, dans son mémoire sur le projet de loi C-22, que soit adopté un facteur d'approximation qui accorderait la garde aux parents selon le temps de garde que l'enfant passait avec ceux-ci avant la séparation³²⁶. Plusieurs proposent également une présomption légale en faveur du premier pourvoyeur de soins³²⁷. Selon eux, la stabilité de l'enfant avec son parent « psychologique » prime sur la maximisation de ses relations avec chacun de ceux-ci.

Ces groupes sociaux ne manquent toutefois pas de souligner que la mère représente dans la plupart des cas le parent de référence pour l'enfant et que la garde alternée serait contre le meilleur intérêt de celle-ci, puisqu'elle constitue une non reconnaissance du rôle que joue la mère durant l'union auprès de l'enfant³²⁸. Or, selon d'autres auteurs, les pères sont tout aussi aptes que les mères à s'occuper d'un enfant, et leur présence est cruciale à son développement:

« Joint Custody of Children Following Divorce » (1979) 12 UCD L Rev 523; Gerard Hardcastle « Joint Custody, A Family Court Judge's Perspective » (1999) 32 Fam. L.Q. 201; Judith Jennison « The Search for Equality in a Woman's World: Fathers' Rights to Child Custody », (1991) 43 Rutgers L Rev 1141; Matthew A. Kipp « Maximizing Custody Options : Abolishing the Presumption Against Joint Physical Custody », (2003) 69 North Dakota Law Review 59; Johanne Shulman et Valerie Pitt « Second Thoughts on Joint Custody : Analysis of Legislation and its Implication For Women and Children », (1982) 12 Golden Gate University Law Review 539.

³²³ Comité canadien d'action sur le statut de la femme, Conseil national du statut de la femme, Conseil québécois du statut de la femme, Association nationale femme et droit, YWCA.

³²⁴ Ci-dessus, note 2.

³²⁵ Association nationale de la femme et du droit « Commentaire sur le projet de loi C-22 » *supra*, note 321 à la p 15.

³²⁶ *Ibid*, à la p 15

³²⁷ *Ibid* et Association du Barreau Canadien « Mémoire du projet de loi C-22 : La réforme de la Loi sur le divorce » *supra*, note 321.

³²⁸ Association nationale femme et droit, *supra*, note 321.

Les études menées dans des situations contrôlées (ou le chercheur précise le contexte d'observation : p.ex. donner à boire au bébé, interagir avec lui, etc.) démontrent clairement des compétences similaires entre les mères et les pères et ce, autant sur le plan des activités de soins, de jeu que sur le plan du langage. Ces travaux ont ainsi permis de reconnaître que les pères sont tout aussi sensibles que les mères aux différents signaux émis par l'enfant³²⁹.

La professeure en psychologie, Diane Dubeau, rapporte qu'il existe des effets positifs de l'engagement paternel tant sur le développement de l'enfant que sur son adaptation scolaire et sociale³³⁰. L'engagement paternel serait associé à la compétence sociale des enfants et à un meilleur ajustement psychologique³³¹.

Or, la garde alternée favoriserait l'implication continue du père dans la vie de l'enfant, le père étant plus motivé à s'engager auprès de celui-ci en ayant un rôle et une place complète dans son éducation³³².

Certains soutiennent toutefois qu'une présomption légale de garde alternée tendrait à déstabiliser l'enfant, prétendant que plusieurs familles devraient réajuster le mode de garde après avoir tenté la garde alternée, ce qui augmenterait les changements de garde dans la vie de l'enfant, et donc de son mode de vie et de sa situation³³³. Cette assertion n'est cependant appuyée par aucune donnée scientifique. En outre, les travaux de la professeure Renée Joyal ont démontré que la garde alternée fonctionne, puisque les parents qui la mettent en place se

³²⁹ Joseph Wallerstein et John Kelly « Effects of divorce on the visiting father-child relationship » (1980) 137 *American Journal of Psychiatry* 1534 à la p 12.

³³⁰ Dubeau, *supra*, note 37, à la p 16.

³³¹ *Ibid*, à p 17.

³³² Nicolas Rousseau et Anne Quéniart « L'exercice de la paternité suite à une séparation conjugale : un parcours semé d'obstacles », Marie-Christine St-Jacques et al. *Séparation, monoparentalité et recomposition familiale : bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2004 à la p 114; Deborah Luepnitz « A Comparison of Maternal, Paternal, and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life », (1986) 9 (3) *Journal of Divorce* 1; Judith Jennison. « The Search for Equality in a Woman's World: Fathers' Rights to Child Custody » (1991) 43 *Rutgers L Rev* 1141.

³³³ Association du Barreau Canadien, *supra*, note 321 à la p 10

déclarent majoritairement satisfaits, même si elle a été imposée³³⁴. Par ailleurs, les droits de visite élargis qui sont ordonnés fréquemment par les tribunaux³³⁵ font en sorte que les enfants sont souvent déplacés plus fréquemment au cours d'un même mois, et pour de plus courtes périodes, que s'ils étaient en garde alternée, ce qui réduit considérablement leur stabilité, et augmente les occasions de conflits entre les parents.

À cet égard, les conflits entre les parents et leurs impacts sur la vie de l'enfant ont fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années. Les études psychologiques démontrent que les conflits entre les parents sont plus nocifs pour l'enfant que le divorce lui-même³³⁶ : la garde alternée pourrait exacerber les conflits entre les parents, car ceux-ci seraient appelés à communiquer plus souvent, et, de fait, à exposer l'enfant à leurs conflits³³⁷. Notons que cette question a été majoritairement soulevée par les groupes sociaux représentant des intérêts féministes³³⁸ dans le cadre des discussions sur le projet de loi C-22. Nous sommes d'avis que ceci équivaut à défendre le droit des parents à leurs conflits, plutôt que le meilleur intérêt de l'enfant, qui commande que les parents fassent tout en leur pouvoir pour en faire abstraction.

Or, les conflits entre les parents seraient moins nocifs pour l'enfant en présence d'une garde alternée, l'enfant étant appelé à passer du temps de qualité avec ses deux parents, lui

³³⁴ Joyal, *supra*, note 198

³³⁵ Louise Moreau et Mireille Pélissier-Simard « Les droits de garde et droits d'accès des parents : pistes de solution », *Développements récents en droit familial* (2009), Cowansville, Yvon Blais, 2009, à la p 97. Lorsque les tribunaux accordent des droits d'accès, ceux-ci se situeraient majoritairement entre 20% et 40% du temps de garde.

³³⁶ Voir notamment : Denyse Côté, « Champ libre : La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? », *supra*, note 322, Francine Cyr, « Les conflits entre les parents, la séparation parentale et l'anxiété de l'enfant » (2007) 28 *Revue québécoise de psychologie* 63.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Association canadienne des Femmes et du droit, *supra*, note 325, Conseil national du statut de la femme, *supra*, note 323.

permettant d'apprécier chacun d'eux par lui-même, et non simplement par les commentaires dénigrants de l'autre parent³³⁹. Par ailleurs, il semblerait que la garde alternée contribuerait dans certaines situations à limiter les conflits puisque plusieurs conflits viendraient du fait que le parent non gardien se sent souvent relégué à un simple rôle de « surveillant » de l'éducation de l'enfant. Cette situation créerait des frustrations chez celui-ci, menant à des conflits et même parfois au retrait de la vie de l'enfant³⁴⁰.

3.2.2 Les arguments des acteurs du monde juridique

Peu de littérature juridique canadienne a été consacrée à la présomption légale de garde alternée. Toutefois, les barreaux de différentes provinces et l'association du Barreau du Canada ont pris part activement aux débats dans le cadre des projets de loi présentés.

Les travaux de la professeure Renée Joyal démontrent que les avocats et avocates du Québec ont l'impression que la garde est majoritairement confiée à la mère parce que les mères insistent pour l'obtenir, et que les pères peuvent difficilement faire valoir leur point de vue devant le juge³⁴¹.

L'argument le plus fréquemment soulevé par les intervenants du milieu juridique à l'encontre d'une présomption légale de garde alternée est qu'elle déplace le centre de l'analyse sur une question d'égalité entre les parents, plutôt que sur les véritables droits de l'enfant³⁴². Ceci apparaît toutefois contradictoire avec le fait que ces associations militent

³³⁹ Jérôme Ouellet, *supra*, note 30

³⁴⁰ Beverly Webster Ferreiro « Presumption of Joint Custody : A Family Policy Dilemma » (1990) 39 Family Relations 420; Jay Folberg « Joint Custody of Children Following Divorce » (1979) 12 University College Dublin Law Review 523.

³⁴¹ Renée Joyal « L'attribution de la garde des enfants après le divorce ou la séparation des parents : perceptions d'avocates et d'avocats en droit de la famille », (2004) 64 R. du B. 445.

³⁴² Association du Barreau Canadien, *supra*, note 321 à la p 10; Barreau du Québec, *ibid*, à la p 9

majoritairement en faveur d'une norme qui favoriserait le premier pourvoyeur de soins³⁴³, ce qui, nous l'avons vu, a pour effet de confier la garde majoritairement à la mère. Par ailleurs, la question de la stabilité psychologique émanant de la garde alternée³⁴⁴ est complètement omise de ces mémoires. En somme, on privilégie le statut quo et reconnaît que l'inégalité entre les parents va dans le meilleur intérêt de l'enfant, sans même avoir étudié la question de la discrimination envers les pères qui peut provenir des stéréotypes dans l'application de la norme actuelle.

De manière générale, les groupes sociaux représentant les pères prétendent que la présomption légale de garde alternée est un bon moyen pour atteindre l'égalité homme-femme, alors que les groupes sociaux représentant les femmes prétendent tout à fait le contraire. Dans son mémoire sur le projet de loi C-22, l'Association nationale Femmes et Droit pose qu'un préambule devrait être ajouté à la Loi sur le divorce afin que ses dispositions soient interprétées en considérant l'inégalité dont les femmes ont historiquement fait les frais³⁴⁵. Selon cette association les femmes, les mères ont toujours été et sont toujours les premières pourvoyeuses de soins auprès des enfants et ce rôle devrait leur être officiellement reconnu³⁴⁶, ce que la présomption légale de garde alternée empêche. Une présomption légale de garde alternée constituerait un retour à la puissance paternelle, puisqu'elle permettrait un contrôle de la part des pères sur les familles suite à la désunion³⁴⁷.

³⁴³ Association du Barreau Canadien, *ibid*, Barreau du Québec, « Position du Barreau sur le projet de loi C-422 », en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/actualites-medias/positions/index.html>, consulté le 3 mars 2011.

³⁴⁴ Ci-dessus, section 6.

³⁴⁵ Association nationale femme et droit, *supra*, note 321, à la p 4

³⁴⁶ *Ibid*,

³⁴⁷ *Ibid* et Denyse Côté « Champ libre : La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? », *supra*, note 322, à la p 86.

La chercheuse Denyse Côté affirmait d'ailleurs, dans un article publié en 2004 que, de manière générale, « les mères préfèrent la garde maternelle exclusive et les pères y consentent »³⁴⁸. On peut toutefois se demander si le consentement des pères à une telle garde n'est pas motivé par le fait qu'ils savent que leurs chances d'obtenir une garde alternée sont incertaines. D'ailleurs, et nous l'avons vu plus haut, les gardes partagées sont en plein essor depuis 2004.

Les pères avaient témoigné devant le Comité mixte spécial, en 1998, que les mères étaient présumées être le meilleur parent dans l'esprit des juges³⁴⁹. Or, les pères sont de plus en plus impliqués auprès de leurs enfants³⁵⁰ et les parents, tous deux désormais sur le marché du travail dans la grande majorité des cas, ont des disponibilités qui peuvent être à peu près équivalentes.

En plus de donner une véritable chance aux pères d'obtenir une garde alternée, la présomption légale en faveur de cette modalité de garde peut, selon nous, contribuer à l'élimination des stéréotypes qui font en sorte que la garde est le plus souvent accordée aux mères. Comme le soulignait la professeure Denyse Côté :

Les mères et les pères en garde physique partagée que nous avons interviewés correspondent à ce nouveau modèle nord américain du père soignant et de la mère travailleuse, qui intègre une transformation des attentes sociales envers les mères. Ce modèle s'avère relativement avantageux pour les mères qui font le choix d'opter en sa faveur car cela leur permet de partager la charge éducative avec un ex-conjoint avec qui elles entretiennent des rapports « décents »³⁵¹.

Par ailleurs, nous sommes d'avis qu'une présomption légale de garde alternée s'inscrit de façon tout à fait pertinente dans le mouvement féministe. Une telle présomption

³⁴⁸ *Ibid.*, à la p 83.

³⁴⁹ Francine Leduc, *supra*, note 306 à la p 147.

³⁵⁰ Dubeau, *supra*, note 37.

³⁵¹ Côté, *supra*, note 322, à la p 89.

aurait d'après nous pour conséquence de mieux répartir les conséquences économiques et les responsabilités parentales reliées à la fin de la vie commune. En effet, une situation de garde exclusive confère à la femme un fardeau plus élevé quant aux tâches domestiques et responsabilités familiales en découlant. Ce fardeau pousse d'ailleurs bon nombre de femmes à ne travailler qu'à temps partiel³⁵², ce qui a tendance à augmenter leur lien de dépendance avec l'ancien conjoint, de qui elles dépendront probablement financièrement pour leur entretien et celui de l'enfant si elles étaient mariées³⁵³ et les besoins des enfant, qu'elles soient mariées ou non³⁵⁴. La garde alternée permet donc à la femme, comme à l'homme, de mieux conjuguer les responsabilités professionnelles et familiales. Ce mode de garde permet également de diminuer le fardeau que représente la conciliation travail-famille, ce qui peut favoriser une meilleure répartition de leur temps de travail selon les besoins des enfants. Ceci a donc pour effet d'encourager l'avancement professionnel des femmes³⁵⁵, qui seront d'ailleurs très bientôt plus scolarisées que les hommes³⁵⁶. Par ricochet, cela pourrait d'une part favoriser l'indépendance des mères, et d'autre part, élever le niveau économique de la famille, tant avant qu'après la désunion, et dont l'enfant bénéficiera en bout de piste.

Quant au Barreau du Québec, sa position semble avoir évoluée au fil des années. En effet en 2003 il soutenait que le principe de la maximisation des contacts revêtait une importance capitale et doit être distingué de tous les autres critères ayant pour but d'analyser

³⁵² En 2007, le taux d'emploi à temps partiel chez les femmes était de 14,7%; Portrait statistiques : Égalité – où en sommes-nous au Québec? », Conseil du Statut de la Femme, Québec, 2010, en ligne : <http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/fichierspublications/fichier-37-1217.pdf>.

³⁵³ Art 585 CcQ.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Côté, *supra*, note 322, à la p 87

³⁵⁶ Conseil du statut de la femme, *supra*, note 352.

le meilleur intérêt de l'enfant³⁵⁷. Puis en 2009, dans un revirement de situation étonnant, ce même Barreau mentionnait qu'aucun facteur ne devrait être plus important qu'un autre lorsqu'il s'agit de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant³⁵⁸.

L'association du Barreau Canadien évoque quant à elle qu'une présomption légale de garde alternée pousserait les parents à effectuer une preuve de « mauvais parent » à l'égard de l'autre partie³⁵⁹. En effet, la norme actuelle ne prévoit qu'un fardeau de preuve visant à démontrer le meilleur intérêt de l'enfant, alors qu'une présomption légale de garde alternée pousserait le parent qui ne la souhaite pas à démontrer qu'elle n'est pas dans son meilleur intérêt. Or, tel que nous l'avons constaté dans notre étude de la jurisprudence, les capacités parentales des parents sont présumées par les tribunaux³⁶⁰, de sorte que les parents qui souhaitent obtenir une garde exclusive procèdent déjà à un dénigrement de l'autre parent, ce qui, nous en convenons, n'est pas souhaitable.

Enfin le projet de loi C-422 proposait que l'intérêt de l'enfant devrait être considérablement mieux servi par une garde exclusive pour qu'elle soit ordonnée³⁶¹. Ce fardeau de preuve fut critiqué par de nombreuses associations³⁶². Nous partageons l'avis de

³⁵⁷ Barreau du Québec, *supra*, note 321 à la p 9

³⁵⁸ Barreau du Québec, « Position du Barreau sur le projet de loi C-422 » en ligne : <http://www.barreau.qcca/actualites-medias/positions/index.html>, consulté le 3 mars 2011., à la p 3

³⁵⁹ Association du Barreau Canadien, « Dans l'intérêt de l'enfant », Ottawa, juin 2010, à la p 3.

³⁶⁰ Ci-dessus, section 6.

³⁶¹ Art 16 PL C-422.

³⁶² Association du Barreau Canadien, « Dans l'intérêt de l'enfant » Ottawa, juin 2010, Barreau du Québec, « Position du Barreau sur le projet de loi C-422 » en ligne : <http://www.barreau.qcca/actualites-medias/positions/index.html>, consulté le 3 mars 2011, Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec, « Le projet de loi C-422 sert-il véritablement le meilleur intérêt des enfants ? – Position de la Fédération des associations familles monoparentales et recomposées du Québec (FAFMRQ) sur le projet de loi C-422 » Montréal, août 2009, Fédération de ressources d'hébergement pour femmes violentées et en difficulté du Québec, « Le projet de loi C422 : un recul marqué quant à la sécurité et la

l'Association du Barreau Canadien et du Barreau du Québec, jugeant que cette norme est trop sévère et compromet le meilleur intérêt de l'enfant.

3.2.3 Les arguments d'ordre économique

Certaines associations féministes soutiennent que les chances d'obtenir une garde exclusive seront plus limitées pour les femmes que pour les hommes puisque ceux-ci bénéficient de plus de ressources financières afin de se défendre devant l'appareil judiciaire³⁶³. L'association des nouvelles conjointes soulève toutefois un point important en matière d'égalité des ressources devant la justice, soit que les femmes ont majoritairement plus d'accès à l'aide juridique que les hommes, leur procurant ainsi un avocat gratuit ou à faible taux³⁶⁴. Ceci fait en sorte de déséquilibrer les négociations des parties, les hommes ayant à faire les coûteux frais d'un procès s'ils ne règlent pas le dossier, alors que les bénéficiaires de l'aide juridique ne courent aucun risque économique à tenter leur chance devant un juge.

3.2.4 L'argument relié à la violence conjugale

La violence conjugale, c'est-à-dire la violence d'un conjoint contre son/sa partenaire, est une préoccupation importante lorsque vient le temps de déterminer la garde d'un enfant. En 2011, au Canada, 6 % des Canadiennes ayant eu un conjoint ou un ex-conjoint ont déclaré avoir été agressés physiquement ou sexuellement par ce dernier au cours des cinq années

protection des femmes et des enfants dans un contexte de violence conjugale et familiale », Montréal, septembre 2009.

³⁶³ Nova Scotia Advisory Council on the Status of Women, « Response to Bill C-22 : An act to amend the divorce act » Halifax, août 2003 et Association nationale femmes et droit, *supra*, note 325

³⁶⁴ Action des Nouvelles Conjointes du Québec, « Mémoire sur le projet de loi c-22 modifiant la Loi sur le divorce présenté au comité permanent de la justice et des droits de la personne », Montréal, août 2003.

précédant la tenue de l'enquête³⁶⁵. Il est intéressant de noter que ce résultat est similaire chez les Canadiens hommes³⁶⁶. Il n'est certainement pas dans le meilleur intérêt de l'enfant d'être exposé à cette violence³⁶⁷, et, lorsque la victime de violence familiale choisit de quitter cette cellule, il faut favoriser cette situation qui s'inscrit dans le meilleur intérêt de l'enfant³⁶⁸.

Une étude réalisée en 2002 au Québec démontre que l'octroi de la garde alternée peut avoir des effets néfastes sur l'enfant, de même que sur le parent victime. En effet, selon certains elle permettrait le maintien du lien de domination existant entre le parent violent et son ex-conjoint³⁶⁹. De nombreux groupes sociaux ont fait valoir que la loi en vigueur actuellement est incomplète, puisqu'elle omet complètement ce volet qui fait partie de la dynamique familiale³⁷⁰. Selon l'Association canadienne Femme et Droit, une définition de violence conjugale devrait être ajoutée à la loi pour comprendre la violence physique, mentale, psychologique, sexuelle et le harcèlement³⁷¹.

³⁶⁵ Statistiques Canada, « La violence familiale au Canada : un profil statistique » no 85-224-X, 2011, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-224-x/85-224-x2010000-fra.pdf>, consulté le 10 août 2012.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Maryse Rinfret-Raynor et als, « La violence conjugale post séparation en contexte d'exercice des droits d'accès aux enfants ». Dans Arcand et als., « Violences faites aux femmes » Collection Problèmes sociaux et interventions sociales, 2008 Québec, Presses de l'Université du Québec, à la p 185.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Côté, *supra*, note 322, Martin Dufresne et Hélène Palma « Autorité parentale conjointe : le retour de la loi du père » (2002) 21 Nouvelles Questions Féministes 31, à la p 45

³⁷⁰ Association nationale de la femme et du droit, *supra*, note 325, Nova Scotia Advisory Council on the Status of Women, « Response to Bill C-22 : An act to amend the divorce act » (Halifax, août 2003), « Le projet de loi C-422 sert-il véritablement le meilleur intérêt des enfants ? – Position de la Fédération des associations familles monoparentales et recomposées du Québec (FAFMRQ) sur le projet de loi C-422 » (Montréal, août 2009, Fédération de ressources d'hébergement pour femmes violentées et en difficulté du Québec, « Le projet de loi C422 : un recul marqué quant à la sécurité et la protection des femmes et des enfants dans un contexte de violence conjugale et familiale », Montréal, septembre 2009.

³⁷¹ Association nationale de la femme et du droit, *supra*, note 325, à la p 2.

Certains suggèrent qu'en cas de violence conjugale, le parent violent devrait être encadré dans ses contacts avec l'enfant, notamment par le biais de visites supervisées dans les maisons de la famille, tel que cela existe déjà³⁷².

3.3 La présomption légale de garde alternée dans le contexte de la politique familiale québécoise

Une mesure législative comme celle que nous proposons ne peut réussir à elle seule à enrayer les stéréotypes encore bien présents dans la société actuelle. Si les stéréotypes voulant que la femme soit un meilleur parent que le père pourront être évacués, du moins partiellement, du processus judiciaire par l'adoption d'une présomption légale de garde alternée, les parents auront toutefois besoin de soutien pour pouvoir exercer ce mode de garde à parts égales, en évitant que la mère se retrouve avec tout le fardeau relié aux responsabilités parentales. Le Québec s'est doté, en 1997, d'une politique familiale qui a notamment pour but de favoriser cette répartition du fardeau. Il convient donc d'analyser les mesures adoptées ainsi que leurs objectifs. Nous les mettrons par la suite en parallèle avec les critères les plus fréquemment appliqués par les tribunaux dans la détermination du meilleur intérêt de l'enfant quant à sa garde, soit sa stabilité ainsi que les capacités et disponibilités des parents.

Pour remplir efficacement sa fonction et assurer que les objectifs visés par ses modifications législatives et les politiques adoptées, l'État doit aussi mettre en œuvre des mesures visant à assurer l'existence d'une certaine « cohésion sociale »³⁷³. La cohésion est

³⁷² Denyse Côté, *supra*, note 322, Association du Barreau Canadien, *supra*, note 321 Association femme et droit, *supra*, note 325.

³⁷³ Jane Jenson « Les contours de la cohésion sociale : l'état de la recherche au Canada », Rapport de recherche des RCRPP, n° F22, mai 2002; Jane Jenson « Changing the Paradigm : Family Responsibility or Investing in Children », (2004) 29 (2) Cahiers canadiens de sociologie 169; Jane Jenson, Denis St-Martin « New Routes to Social Cohesion? Citizenship and the Social

un concept controversé, en réaction aux problèmes qui peuvent être occasionnés par « l'État-Providence »³⁷⁴. Elle consiste à établir des valeurs et des objectifs communs et à offrir l'égalité des chances, valeurs qui se refléteront notamment dans des dispositions législatives lois telles celle prévoyant la présomption de garde alternée, et dans les politiques sociales, telles la Politique familiale de 1997, et dans la réalité culturelle.

3.3.1 Historique

Entre 1960 et 1980, le taux d'emploi de la femme a considérablement augmenté³⁷⁵ au Québec. La femme assumait toutefois encore presque l'ensemble des tâches reliées au ménage et à l'éducation des enfants³⁷⁶. Lorsqu'elle travaillait, ce n'est généralement que pour offrir un soutien financier additionnel à la famille.

Face à cette situation, l'État québécois n'adopta pas de mesure concrète facilitant l'intégration de la femme au marché du travail.³⁷⁷ Duplin souligne ainsi :

Bien que de nombreux programmes sociaux aient été mis en place, l'appareil étatique n'a pas favorisé une externalisation des tâches domestiques, pas plus qu'il n'a procédé à l'élargissement des droits sociaux en faveur de la famille et des femmes. Étant donné que l'activité des femmes à l'intérieur de la sphère domestique entravait leur accès à la sphère publique, il aurait été possible, en leur procurant l'accès à des structures publiques comme des services de garde,

Investment », (2003) 28 Can. J. Sociology 1 77.

³⁷⁴ L'État-Providence constitue un modèle d'intervention étatique, adopté au Québec à plus forte raison au tournant des années 1960. Ce modèle fait en sorte d'augmenter l'action de l'État dans la sphère privée, de façon à assurer un certain niveau de sécurité et de bien être social à l'ensemble de la population : Denyse Baillargeon « La politique familiale au Québec : une perspective historique » (1996) Lien social et politique 21.

³⁷⁵ Institut de la Statistique du Québec, « Les femmes en emploi au Québec «2009, en ligne au http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/remuneration/pdf2009/Capsule_10ans.pdf, consulté le 8 mars 2011.

³⁷⁶ Finances Québec, « Évolution du marché du travail québécois » Analyse et conjoncture économique, vol. 1, 2004, en ligne : http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/EEFB/fr/ace_vol1_no7.pdf.

³⁷⁷ Raquelle Duplin « La politique familiale au Québec de 1960 à 2006 » dans Dorval Brunelle, *Gouvernance, Théorie et pratiques*, Montréal, Éditions de l'Institut international de Montréal, 2010, à la p 14.

d'améliorer leur situation et de favoriser leur intégration et, par là, d'intervenir dans le réaménagement de la division sexuelle du travail au lieu de renforcer et de perpétuer les représentations quant à leur assignation dans la sphère privée³⁷⁸.

Des mesures sociales avaient tout de même été mises en place par le gouvernement fédéral, à la suite de la publication du rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme³⁷⁹. En effet, c'est en 1971 que le premier congé de maternité a été offert aux travailleuses, congé d'une durée de 15 semaines et rémunéré par l'assurance chômage. Bien que le Québec ait compétence pour légiférer quant aux conditions de travail de ses travailleurs³⁸⁰, les congés parentaux étaient alors financés et gérés par le programme d'assurance chômage, lequel relève du gouvernement fédéral³⁸¹. En 1974, la première politique québécoise des services de garde à l'enfance est mise sur pied³⁸².

Les premiers travaux de consultation pour l'élaboration d'une Politique familiale québécoise furent officiellement amorcés en 1981³⁸³, soit peu après que le rapport fédéral Boyer³⁸⁴, « Égalité pour tous, rapport du comité parlementaire sur les droits à l'égalité » portant sur la conformité des dispositions légales du gouvernement fédéral avec la Charte

³⁷⁸ *Ibid.*, à la p 13.

³⁷⁹ Florence Bird, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Gouvernement du Canada, Ottawa, 1970.

³⁸⁰ Art 91 (2) et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c 3.

³⁸¹ *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, L.C. 1971 c 48.

³⁸² Le « Plan Bacon », du nom de la Ministre responsable, Lise Bacon.

³⁸³ Le gouvernement québécois confie alors mandat à l'un de ses ministres afin qu'il identifie la problématique familiale Québécoise Comité de la consultation sur la politique familiale (1986). « Rapport du Comité de la consultation sur la politique familiale : le soutien collectif réclamé pour les familles québécoises, première partie », Québec, Comité de consultation sur la politique familiale, à la p 10.

³⁸⁴ Comité parlementaire sur les droits à l'égalité (J. Patrick Boyer, président), « Égalité pour tous, rapport du comité parlementaire sur les droits à l'égalité » Gouvernement du Canada, Ottawa, 1985, p 11 et 12, cité dans Marie Moisan, « Les hommes et l'utilisation du congé parental au Québec : faits saillants d'une recherche. » 1997 37 Lien social et politiques – RIAC 111.

canadienne des droits et libertés³⁸⁵ (dont notamment le fait que les prestations de maternité ne pouvaient être prises que par la mère) ait fait état de l'importance du partage des tâches domestiques entre les parents :

La loi doit reconnaître le rôle du père dans les soins à donner à l'enfant et lui permettre de prendre une part active au cours de cette période importante qu'est la création de liens affectifs entre lui et le nouveau-né. Il n'y a aucun doute dans nos esprits que la perpétuation du rôle traditionnel de la mère considérée comme principale responsable des soins à donner aux enfants a contribué à empêcher les femmes de participer plus activement à la vie en société. Encourager le plus tôt possible la participation du père à la vie de l'enfant ne saurait qu'avoir des répercussions positives tant pour les hommes que pour les femmes.³⁸⁶

En 1984, le droit québécois offre des prestations parentales aux parents adoptifs, ce qui consacra le droit à la rémunération pour autre cause que les incapacités physiques reliées à la grossesse et la naissance de l'enfant, soit le fait de prendre soin d'un nouveau-né³⁸⁷.

Il a toutefois fallu attendre 1990 pour que des prestations de congé parental soient mises en place par le gouvernement fédéral. Ces prestations pouvaient être partagées entre la mère et le père, pour une durée de dix semaines et toujours assujetti aux règles de l'assurance chômage. Le nombre total de semaines qui pouvait être prises par la mère était donc de 25, incluant les prestations parentales et de maternité. Cela représente un congé pour la naissance d'un enfant somme toute très bref, ne répondant manifestement pas aux besoins des familles. En effet, la durée moyenne de l'allaitement d'un enfant est d'environ 18 semaines³⁸⁸. Une importante majorité de pères considéraient que la mère avait besoin de repos suite à cette courte période entre l'accouchement et son retour au travail, de sorte que

³⁸⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U) 1982, c11 et *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c C-12.

³⁸⁶ Ci-dessus, note 384, p 11.

³⁸⁷ Moisan, *supra*, note 384, p 112.

³⁸⁸ *Ibid.*

les hommes représentent seulement 4.2% des utilisateurs de ce congé³⁸⁹. Le fait que les pères ont des revenus majoritairement supérieurs à ceux des mères, a également certainement eu une influence sur le choix du parent qui bénéficierait de ces prestations.

En réaction à ce qui précède et dans la foulée de la constitutionnalisation du droit à l'égalité, le gouvernement du Québec lança un important processus de consultation de la population, lequel aboutira, après quelques détours³⁹⁰, à la Politique familiale de 1997.

Cette politique est la seule que nous ayons connue au Québec, et a été complétée par différentes mesures depuis son adoption.

3.3.2 Les piliers de la Politique familiale de 1997

Lors de son allocution du 15 mai 1997, la Ministre de l'époque, Madame Pauline Marois, formulait de la façon suivante les objectifs de la Politique familiale de 1997³⁹¹ :

- Faciliter le développement et l'égalité des chances pour les 1.6 million d'enfants du Québec;
- Permettre une meilleure conciliation travail-famille par des politiques plus équitables et plus incitatives au travail;
- Effectuer une réforme globale portant à la fois sur les allocations, les services de garde, l'éducation maternelle ainsi que les congés parentaux;
- Maintenir une aide universelle tout en favorisant les familles à faible revenu³⁹².

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Dont notamment le fameux « bébé-bonus » allocation de naissances créée en 1988 et la création d'un *Énoncé de politique sur les services de garde à l'enfance*.

³⁹¹ Ministère de la Famille et de l'Enfance, Présentation du Ministère de la Famille et de l'Enfance et des nouvelles dispositions de la politique familiale, Québec, Gouvernement du Québec (1998).

La politique familiale et la conciliation travail-famille sont intimement liées à l'égalité hommes-femmes ; le rapport gouvernemental québécois *Pour que l'égalité de droit devienne une égalité de fait*³⁹³, préparé en 2007 par le Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine québécois, fait état de cette préoccupation :

Une meilleure articulation des responsabilités familiales et professionnelles passe par une vision renouvelée des rôles de mère et de père ainsi que par un partage équitable des tâches entre les conjoints. Il faut que les hommes s'engagent davantage dans l'univers domestique et familial. Les mesures de conciliation doivent être offertes aux mères et aux pères, et favoriser le partage égalitaire des tâches entre les femmes et les hommes. Il faut que chacune et chacun s'accomplisse, tant sur le plan familial que sur le plan professionnel. Enfin, il faut donner des représentations positives de l'investissement paternel dans la sphère familiale.³⁹⁴

Le Gouvernement québécois, par ses politiques et son discours, encourage donc l'ensemble des acteurs sociaux à adopter les comportements nécessaires afin que les femmes, plus particulièrement les mères, puissent en bout de piste bénéficier des mêmes conditions de vie que celles des hommes; ceci vaut tant pour leurs conditions de travail que pour leur charge de responsabilités parentales :

Les femmes et les hommes doivent avoir des conditions égales pour exercer pleinement leurs droits, pour exploiter leur potentiel ainsi que pour contribuer à l'évolution politique, économique, sociale et culturelle tout en profitant également de ces changements. La liberté de choix des femmes comme des hommes doit en effet reposer sur l'égalité des droits, des responsabilités et des possibilités³⁹⁵.

³⁹² *Ibid*, à la p 1.

³⁹³ Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine « Pour qu'une égalité de droit devienne une égalité de fait : la politique gouvernementale pour l'égalité entre les femmes et les hommes et le plan d'action 2007-2010 – En bref », Gouvernement du Québec, Québec, 2007; Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine « Pour qu'une égalité de droit devienne une égalité de fait : la politique gouvernementale pour l'égalité entre les femmes et les hommes et le plan d'action 2011-2015 – En bref », Gouvernement du Québec, 2011.

³⁹⁴ *Ibid*, à la p 61.

³⁹⁵ *Ibid*.

Trois mesures centrales furent proposées en 1997 afin de permettre l'accomplissement de ces objectifs : 1) le développement de services de garde éducatifs à coûts minimes (garderies à 5\$ par jour et maternelle à temps plein), 2) la création d'un régime québécois d'assurance parentale (le RQAP) et 3) la réforme du soutien financier par l'instauration de l'allocation unifiée pour enfants (le Soutien aux enfants)³⁹⁶.

3.3.2.1 Les garderies à coûts modiques et la maternelle à temps plein

Les garderies à coûts modiques furent créées en 1997 afin notamment de favoriser l'insertion des femmes sur le marché du travail. Avant la mise en place de cette mesure, plusieurs familles, en raison de leurs faibles revenus, ne pouvaient recourir à des services de garde et optaient pour une répartition traditionnelle des rôles, Madame restant à la maison pour s'occuper des enfants³⁹⁷.

Lors de la mise en place de ce régime universel, le prix journalier des services de garderies était de 5 \$. Ce tarif fut augmenté à 7\$ en 2004. L'apport financier de l'État québécois est important. Ainsi une étude démontre qu'en 2006, les frais journaliers de 7\$ représentaient moins de 17% du coût réel de ce service³⁹⁸. L'État québécois investit aussi en octroyant un crédit d'impôt remboursable pour frais de garde³⁹⁹ aux parents qui placent leurs enfants dans des garderies non subventionnées.

³⁹⁶ Gouvernement du Québec, *supra*, note 391, à la p 15.

³⁹⁷ Conseil de la Famille et de l'enfance, *La politique familiale au Québec : visée, portée, durée et rayonnement*, Gouvernement du Québec, Québec, 2008, à la p 35.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Gouvernement du Québec, *supra*, note 391.

Des mesures spéciales s'appliquent également aux enfants dont les parents sont les prestataires de l'aide sociale. Ainsi ils bénéficient gratuitement de deux journées et demi ou cinq demi-journées de garde par semaine⁴⁰⁰

Il en va de même pour la maternelle à temps plein, laquelle était auparavant d'une durée de trois heures par jour⁴⁰¹. Les parents devaient donc assumer la garde de l'enfant, sur semaine, pour le reste de la journée. La maternelle à temps plein avait donc pour objectif de dégager les parents de cette responsabilité et de ce coût financier additionnel, en prenant en charge gratuitement les enfants pour toute la journée, dès leur entrée dans le système scolaire.

Cette mesure constitue une intervention directe de l'État ayant pour but d'encourager les femmes à s'insérer et à demeurer sur le marché de l'emploi et, ainsi, assurer leur autonomie financière⁴⁰². Ce faisant, elle constitue un pas vers l'élaboration d'une égalité hommes-femmes⁴⁰³.

3.3.2.2 La création du Régime Québécois d'Assurance Parentale (RQAP)

Des négociations ont dû être entreprises avec le gouvernement fédéral afin de mettre en œuvre cette loi provinciale, puisque les prestations étaient alors versées par le fédéral. Le Québec a donc dû récupérer les cotisations de ses travailleurs qui étaient versées au régime fédéral d'assurance emploi avant de pouvoir mettre en œuvre son propre régime. C'est donc en 2006 que la Loi sur l'assurance parentale⁴⁰⁴ est entrée en vigueur. Le Québec gère donc

⁴⁰⁰ *Ibid*, à la p .35

⁴⁰¹ *Ibid*.

⁴⁰² Duplin, *supra*, note 377.

⁴⁰³ Ministère de la Culture, des communications et de la condition féminine *supra*, note 393 à la p 23.

⁴⁰⁴ L.R.Q. c A-29.011.

désormais seul son régime de prestations parentales, beaucoup plus généreux et facile d'accès que le régime canadien⁴⁰⁵.

Le Régime québécois d'assurance parentale fut instauré afin de faciliter l'accessibilité aux parents des prestations de maternité et parentales, et offrir une meilleur couverture que le programme fédéral d'assurance emploi⁴⁰⁶. L'un de ses objectifs principaux est de soutenir la participation des femmes au travail et de « prendre en compte de le mode de vie d'une très grande partie des familles contemporaines »⁴⁰⁷.

Le régime prévoit le versement de prestations aux travailleurs admissibles, tant salariés qu'autonomes, qui se prévalent d'un congé de maternité, d'un congé de paternité et/ou d'un congé parental. Ni les prestations de maternité d'une durée de 15 à 18 semaines⁴⁰⁸, ni les prestations de paternité d'une durée continue de 5 semaines⁴⁰⁹ ne peuvent être transférés. Les prestations parentales peuvent toutefois être réparties entre les parents selon leurs besoins et être cumulées avec celles de maternité ou de paternité, selon le cas. Elles sont versées pour un nombre de semaine variant entre 25 et 32, selon le régime choisi par les parents⁴¹⁰.

Le Régime québécois d'assurance parentale prévoit un salaire annuel maximum assurable calculé de 60 000\$⁴¹¹. Le régime s'applique aux parents qui ont un revenu assurable minimal de 2 000 \$ par année⁴¹². Les allocations représenteront 70% du revenu hebdomadaire moyen du parent visé pour le congé de maternité et de paternité ainsi que pour les sept

⁴⁰⁵ La Presse Canadienne « Congés parentaux : les québécois sont les plus choyés », La Presse, Montréal, le 30 juillet 2012. En ligne : <http://www.lapresse.ca/vivre/societe/201207/30/01-4560664-conges-parentaux-les-quebecois-sont-les-plus-choyes-au-canada.php>

⁴⁰⁶ Conseil de la famille et de l'enfance, *supra*, note 397 à la p 42

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ Art 81.4 L.N.T. et art 7 de la *Loi sur l'assurance parentale*.

⁴⁰⁹ Art 82 L.N.T.

⁴¹⁰ Art 10 de la *Loi sur l'assurance parentale*.

⁴¹¹ Art 21 de la *Loi sur l'assurance parentale*, indexé annuellement.

⁴¹² Art 3 de la *Loi sur l'assurance parentale*.

premières semaines de prestations du congé parental et 55% du revenu moyen pour les semaines restantes de prestations parentales⁴¹³. Une personne peut opter pour une prestation hebdomadaire égale à 75% de son revenu hebdomadaire moyen. Le nombre maximal de semaines de prestations est alors de 15 pour les prestations de maternité, de trois pour les prestations de paternité et de 25 pour les prestations parentales⁴¹⁴. Notons également que des congés parentaux supplémentaires ont été prévus à la Loi sur les normes du travail⁴¹⁵, afin notamment d'offrir des congés aux mères subissant une interruption de grossesse⁴¹⁶ et de suspendre les prestations parentales lorsque l'enfant issu de la grossesse ayant donné droit au congé parental était hospitalisé⁴¹⁷.

3.3.2.3 Les allocations familiales unifiées

Afin d'assurer une meilleure harmonisation des mesures du soutien au revenu et d'incitation au travail et de compenser les besoins essentiels reconnus des enfants⁴¹⁸, le gouvernement québécois a procédé à une réforme des allocations familiales au Québec. En 1997, il a créé les allocations familiales, lesquelles ne visaient toutefois que les familles à faibles et à moyens revenus⁴¹⁹. En 2005, le gouvernement québécois a mis en place le Soutien aux enfants, mesure qui vise toutes les familles qui ont des enfants. Si toutes ces familles touchent désormais ces allocations, il faut toutefois comprendre que celles-ci varient selon leurs revenus. Les familles ayant un revenu d'environ 45 000 \$ par année ont ainsi droit au

⁴¹³ Art 18 de la *Loi sur l'assurance parentale*.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ LRQ, N.11.

⁴¹⁶ Art 81.5.2. L.N.T.

⁴¹⁷ Art 81.14 L.N.T.

⁴¹⁸ Gouvernement du Québec, *supra*, note 391.

⁴¹⁹ Duplin, *supra*, note 377.

montant maximal d'allocation financière⁴²⁰. Quant aux familles les plus fortunées, elles pourront elles aussi toucher une allocation financière sous la forme d'un crédit minimal de 587\$ pour le premier enfant⁴²¹. Notons enfin que le montant offert et les seuils d'admissibilité varient afin de prendre en compte les situations de monoparentalité⁴²².

3.3.3 La Politique familiale depuis 1997

En sus de ces trois piliers, le gouvernement québécois a depuis 1997 pris certaines mesures dans le cadre de la politique familiale. Dans un premier temps, il a reconnu que la politique familiale est l'une des façons les plus efficaces de parvenir à l'égalité hommes-femmes. Cela est d'ailleurs consacré dans le cadre de la politique Pour que l'égalité de droit devienne une égalité de fait⁴²³.

Cette politique, adoptée en 2005, a pour objet de combattre les inégalités persistantes à l'égard des femmes (responsabilités parentales plus élevées, discrimination pour les hauts postes, revenus moins élevés)⁴²⁴. L'une des grandes orientations de la politique est de privilégier les mesures de conciliation travail-famille⁴²⁵. Plusieurs mesures visent à promouvoir l'égalité hommes-femmes par la conciliation travail-famille dont la mise en place d'une « norme consensuelle en matière de conciliation travail-famille », précisant les exigences en matière de bonnes pratiques en conciliation travail-famille⁴²⁶. Un peu comme

⁴²⁰ Régie des Rentes du Québec «Le soutien aux enfants : évolution de 2005 à 2012 », Gouvernement du Québec, 2012, Québec, à la p 127.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine, « Pour qu'une égalité de droit devienne une égalité de fait : la politique gouvernementale pour l'égalité entre les femmes et les hommes et le plan d'action 2007-2010 – En bref » Gouvernement du Québec, Québec, 2006.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*, Orientation 4.

⁴²⁶ La « Norme BNQ 9700-820 ».

une norme ISO, cette norme volontaire permet aux entreprises qui la respectent de se distinguer de la concurrence et d'attirer des chercheurs d'emploi. Un prix pour la conciliation travail-famille est également remis chaque année par le Ministère de la Famille⁴²⁷.

Toujours en matière d'égalité hommes-femmes, en 1996, le gouvernement adoptait la Loi sur l'équité salariale⁴²⁸, visant à éliminer l'écart de salaire entre les femmes et les hommes résultant d'une discrimination à l'endroit de la femme⁴²⁹. Les entreprises avaient quatre ans à compter de leur assujettissement à la loi pour ajuster en conséquence les salaires de leurs employés⁴³⁰ sous la surveillance de la Commission sur l'équité salariale créée en 1996⁴³¹. Sans être expressément visée par la politique familiale, cette loi a pour effet de favoriser l'autonomie financière de la femme, y compris de la mère, qui devrait pouvoir toucher le même salaire qu'un père pour un emploi « équivalent »⁴³².

3.4 La politique familiale et le meilleur intérêt de l'enfant

Notre analyse de la jurisprudence récente nous a permis de conclure que la stabilité entre la relation de l'enfant et son premier pourvoyeur de soins et l'égalité entre les pères et les mères sont les valeurs les plus souvent véhiculées par les juges lorsqu'ils procèdent à la détermination du meilleur intérêt de l'enfant⁴³³. Nous examinerons en quoi ces facteurs peuvent-ils être influencés par la politique familiale québécoise.

⁴²⁷ Ministère de la Culture, des communications et de la condition féminine, *supra*, note 423 à la p 1.

⁴²⁸ L.R.Q., E-12.001.

⁴²⁹ Art 1 de la *Loi sur l'équité salariale*.

⁴³⁰ Art 37 de la *Loi sur l'équité salariale*.

⁴³¹ Art 119 de la *Loi sur l'équité salariale*.

⁴³² Art 34 et 99 de la *Loi sur l'équité salariale*.

⁴³³ *Supra*, section 6.

3.4.1 La stabilité

Il existe d'abord la théorie qui veut que l'enfant doive conserver une relation aussi grande que possible avec son premier pourvoyeur de soins, lequel est, dans la majorité des cas la mère. En effet, au Québec, en 2011, 67% des gardes exclusives sont confiées aux mères⁴³⁴.

Or, la politique familiale québécoise peut certainement jouer un rôle actif dans ce domaine. Le congé de paternité semble jouer un rôle particulièrement important dans le développement des capacités parentales des pères. En effet, ceux-ci ont désormais la faculté de se retirer du travail durant quelques semaines après la venue de l'enfant afin de s'impliquer auprès de lui, en faisant moins l'objet de stéréotypes, puisque de plus en plus de pères s'en prévalent⁴³⁵.

En effet, en 1995, soit avant la création de la Politique familiale, seulement 4,2 % des pères se prévalaient du congé parental au moment de la naissance de leur enfant⁴³⁶. Il importe cependant de rappeler qu'à cette époque, la seule option de remplacement de revenu disponible pour les pères était offerte en vertu du régime canadien d'assurance emploi et la durée maximale des prestations était de dix semaines, le taux de remplacement du revenu s'établissant alors à 55 % de la rémunération⁴³⁷.

Les raisons qu'invoquaient alors les pères pour expliquer leur refus de prendre un congé parental étaient principalement reliées au souci de ne pas engendrer de pertes de revenus pour la famille. Soulignons qu'à l'époque, les hommes gagnaient des salaires substantiellement plus élevés que ceux des femmes, même si ces dernières avaient intégré le

⁴³⁴ Institut de la statistique du Québec, *supra*, note 200.

⁴³⁵ La Presse Canadienne, *supra*, note 405.

⁴³⁶ Moisan, *supra*, note 384, à la p 30.

⁴³⁷ *Ibid.*

marché de l'emploi depuis bon nombre d'années. Par ailleurs, le régime n'assurait qu'un remboursement de 55% du revenu, occasionnant aux pères une perte de 45 % du revenu⁴³⁸.

Les milieux de travail étaient peu réceptifs à l'idée que les pères s'absentent pour cause de naissance⁴³⁹. Les pères, quant à eux, n'étaient pas aussi sensibilisés que maintenant à l'importance d'un partage égal des tâches domestiques et responsabilités familiales au sein de leur ménage⁴⁴⁰.

Quant au congé de paternité, entré en vigueur en 2006, Les statistiques les plus récentes démontrent toutefois que le RQAP, mis véritablement en place en 2006, fait en sorte que les pères prennent effectivement ce congé non transférable. En effet, 76 %⁴⁴¹ des pères ont pris leur congé de paternité en 2010-2011. Or, dans les autres provinces, où un tel congé de paternité n'existe pas, seulement 26% des pères prennent un congé suite à la naissance de l'enfant⁴⁴².

Selon le Ministère québécois de la Famille et des Aînés, cette augmentation dans la prise de congés par les pères suite à la naissance serait due aux facteurs suivants :

- L'élargissement des critères d'admissibilité du régime;
- L'augmentation du taux de remplacement du revenu;
- La souplesse offerte par le régime pour organiser le congé parental;
- L'ajout du congé de paternité pouvant aller jusqu'à cinq semaines non transférable⁴⁴³;

Dès, 2006, 36 % des prestataires du Régime québécois d'assurance parentale étaient des

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Dubeau, *supra*, note 37.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Institut de la statistique du Québec, *supra*, note 200.

⁴⁴² La Presse Canadienne, *supra*, note 405.

⁴⁴³ Ministère de la Famille et des Aînés « L'engagement des pères : le rapport 2007-2008 sur la situation des familles et les besoins des enfants », Gouvernement du Québec, Québec, 2008, à la p 42.

pères et 69 % des pères des nouveau-nés dont les parents sont admissibles à une prestation ont pris leur congé de paternité⁴⁴⁴. Nous soumettons que cette augmentation du nombre de pères prenant un congé post-naissance, qu'il soit congé parental ou congé de paternité, pourrait d'ailleurs être à l'origine de la vague de garde alternée émergeant au Québec dont nous avons fait état au chapitre précédent. En effet, les unions libres durent en moyenne environ quatre ans⁴⁴⁵ et plus de 60% des enfants naissent dans ce type d'union⁴⁴⁶. Il est clair que les pères impliqués dès le plus jeune âge de l'enfant auprès de celui-ci ont plus de chances que les autres de se voir accorder une garde alternée. Les tribunaux accordent une place importante à la « stabilité »⁴⁴⁷ de l'enfant en matière de garde et vont tendre à accorder la garde aux parents qui se sont impliqués auprès de leur enfant depuis la naissance et qui manifestent le désir de continuer à le faire⁴⁴⁸.

Comme le souligne DeMontigny, le fait que les pères perçoivent favorablement l'action de prendre soin de leurs enfants dans la période postnatale suggère qu'ils tendent à s'impliquer auprès de ces derniers⁴⁴⁹. Selon nous, cela limite l'argument de stabilité invoqué au soutien du « premier pourvoyeur de soins », puisque la stabilité de l'enfant commande de maintenir les liens qu'il a établis avec ses deux parents.

Le congé parental et le congé de paternité pourraient également avoir pour effet de rapprocher le père de son enfant et donc d'augmenter ses capacités parentales, encore plus

⁴⁴⁴ *Ibid.*, à la p 43.

⁴⁴⁵ Statistiques Canada, « Le Québec se distingue par une proportion plus grande de personnes ayant connu la rupture d'union libre » Gouvernement du Canada, 2007, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca/pub/89-625-x/2007002/c-g/4055005-fra.html>.

⁴⁴⁶ Ci-dessus, note 87.

⁴⁴⁷ Kirouack, *supra*, note 202, à la p 691.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ Francine DeMontigny et als « Perceived parental efficacy: Concept analysis », (2005) 49 *Journal of Advanced Nursing* 387.

particulièrement auprès de son enfant en bas âge.

3.4.2 L'égalité entre les parents

Les mesures mises en place par la politique familiale visant l'accès au travail des mères ont contribué à les rendre plus autonomes financièrement, bien que l'égalité sur ce plan ne soit toujours pas atteinte. En effet, le taux d'activité des mères au Québec a considérablement augmenté au cours des dernières années. Selon l'Institut de la statistique du Québec, elles représentaient en 2010 47,8% de la population active du Québec.⁴⁵⁰ La même année, leur revenu annuel était 73% moins important que celui des hommes⁴⁵¹.

L'une des façons les plus efficaces pour un père de s'impliquer au quotidien dans la lutte pour l'égalité entre les genres est assurément d'accroître le nombre d'heures consacrées aux tâches domestiques et de soins à accorder aux enfants et ce, afin de répartir sur les épaules des deux parents les conséquences économiques et le fardeau des responsabilités parentales entraînées par la présence d'enfants. À cet égard, des études nationales sur l'emploi du temps au Canada⁴⁵² datant de 2001 faisaient déjà état d'une tendance dominante de convergence quant aux pratiques parentales et aux travaux ménagers : « les femmes en font moins et les hommes davantage »⁴⁵³. Par ailleurs, un sondage réalisé par Kerry Daly à

⁴⁵⁰ Institut de la Statistique du Québec, « Résultat de l'Enquête sur la population active sur le Québec », Gouvernement du Québec, 2012, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/remuneration/pdf2012/resultats_EPA_nov-2012.pdf

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² Linda Duxbury et Chris Higgins « *The 2001 National Work-Life Conflict Study: Report One* » Agence de Santé Publique du Canada, 2001.

⁴⁵³ *Ibid.*

cette même époque révélait que la plupart des couples souhaiteraient atteindre une répartition égale des tâches domestiques.⁴⁵⁴

L'étude des données statistiques existantes sur la question du travail domestique effectué par les femmes et les hommes permet les observations suivantes quant à l'évolution du rôle des pères :

- En 2005, les hommes consacraient vingt-quatre minutes de plus par jour au travail domestique qu'en 1998, soit un an après l'adoption de la Politique familiale; ceci représente toutefois trente minutes de plus qu'en 1986⁴⁵⁵;
- Les femmes, quant à elles consacrent le même temps en 2005 aux activités domestiques qu'elles le faisaient en 1998; ceci représente toutefois douze minutes de moins qu'en 1986⁴⁵⁶;
- Une augmentation de 1,3 % est survenue entre 2001 et 2005 quant à la proportion des conjoints qui consacrent plus de quinze heures par semaine au travail domestique⁴⁵⁷;

Si les pères prennent de plus en plus part aux tâches domestiques, leur implication ne semble néanmoins toujours pas porter ses fruits sur le plan de l'égalité hommes-femmes.

Bien que les pères occupent davantage de place au plan des tâches domestiques, les mères seraient encore les principales responsables de la bonne marche du foyer; les pères ne

⁴⁵⁴ Kerry Daly « L'évolution de la culture parentale », *Tendance contemporaines de la famille*, Institut Vanier de la famille, Ottawa, mai 2004, à la p 10.

⁴⁵⁵ Denis Laroche « Emploi du temps des hommes et des femmes vivant avec un conjoint au Québec, 1986-2005, Données sociodémographiques en bref » vol. 13, no 1, octobre 2008, compilation de L'ISQ d'après les données de Statistique Canada, Enquête sociale générale, Tableau 6.2.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ *Ibid.*

leur serviraient que de simples exécutants, s'adaptant en fonction des tâches qui leurs sont confiées par celles-ci⁴⁵⁸, tel que le soulignait la chercheure Kerry Daly :

Les études sur les rôles maternels et paternels à la maison révèlent toujours que les mères effectuent un travail invisible de planification mentale des activités familiales et que les pères donne un « coup de main » selon les directives de leur conjointe. Les pères ont modifié leur engagement envers leurs enfants, mais ils ont tendance à considérer leur contribution beaucoup plus grande que les femmes ne l'estiment, en plus d'être généralement moins familiers que les mères sur les menus détails de la vie quotidienne⁴⁵⁹.

Il faut donc plutôt rechercher un équilibre dans le partage des responsabilités domestiques et, bien que l'État et les parents en soient de plus en plus conscients, il semble qu'il soit difficile de mettre le tout en pratique, notamment en raison des rôles traditionnels encore trop ancrés dans notre conception de la famille⁴⁶⁰. Ainsi, « dans le contexte actuel, la question du partage équitable des responsabilités parentales entre les conjoints se traduit par certains en termes d'avancée et par d'autres en termes d'espoir. Quoiqu'il en soit, on peut parler d'une lente évolution »⁴⁶¹.

Selon les statistiques de 2011 au Québec, 60 % du temps professionnel était effectué par les hommes et 60 % du temps domestique était effectué par les femmes⁴⁶². Comme le soulignait le Conseil de la famille et de l'enfance, organisme québécois, les données statistiques sur les pères sont toutefois bien pauvres et contiennent des omissions importantes⁴⁶³. À titre d'illustration, aucune distinction n'est faite selon que le père soit

⁴⁵⁸ *Supra*, note 453, à la p 10.

⁴⁵⁹ *Ibid*, à la p 11.

⁴⁶⁰ *Ibid*, à la p 12.

⁴⁶¹ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité Sociale « Vers une politique gouvernementale sur la conciliation travail-famille », Québec, Gouvernement du Québec, 2004, à la p 49.

⁴⁶² Institut de la statistique du Québec, *supra* note 450.

⁴⁶³ Conseil de la famille et de l'enfance, *supra*, note 397, à la p 15.

séparé ou en couple, alors qu'il nous apparaît que ce facteur module de façon importante le partage de son temps.

Aussi, bien que la conciliation travail-famille est encore un concept difficile d'application pour les pères. James A. Levine, dans un article intitulé « Pères au travail – flexibilité et culture de l'entreprise »⁴⁶⁴, fait état d'un problème existant chez les pères, qu'il nomme « blâmer la culture ». Par cette expression, l'auteur fait ainsi référence au fait que les pères sont eux-mêmes victimes des problèmes qu'ils éprouvent lorsqu'ils essaient de concilier le travail et la famille. À l'appui de cette affirmation, il cite plusieurs exemples de cas où un père dont l'enfant est malade et doit passer la journée à la maison, demandera à sa conjointe de prendre le congé pour s'en occuper, sous prétexte que l'employeur de cette dernière sera plus ouvert au fait qu'elle doive concilier ses responsabilités parentales. Aussi, certains pères, contraints de devoir passer la journée à la maison avec l'enfant, prétexteraient alors être eux-mêmes malades pour ne pas avoir à subir de conséquences de la part de leur employeur⁴⁶⁵.

Par ailleurs, en 2007, Statistiques Canada rapportait que les femmes avaient pris 80,6% des heures annuelles d'absence pour obligations familiales contre 19,5% pour les hommes⁴⁶⁶. La conciliation travail-famille étant à la fois l'affaire des hommes, des femmes, des employeurs et de l'État⁴⁶⁷, il semble que le problème se situe au niveau des mentalités, que ces intervenants n'ont toujours pas réussi à les changer. Il serait effectivement souhaitable et même nécessaire à l'atteinte d'une véritable égalité entre les genres que les mesures de conciliation-travail famille soient appliquées également aux femmes et aux hommes. En effet,

⁴⁶⁴ James A. Levine « Pères au travail : flexibilité et culture de l'entreprise », Transitions, Institut Vanier de la Famille, Ottawa, 2002, à la p 3.

⁴⁶⁵ *Ibid*, à la p 4.

⁴⁶⁶ Institut de la statistique du Québec, *supra* note 450.

⁴⁶⁷ Conseil Consultatif du travail et de la main d'œuvre « Concilier travail et famille : un défi pour les milieux de travail : plan d'action », Québec, 2001, à la p10

dans plusieurs milieux de travail, la conciliation travail-famille est encore une « affaire de femmes » plutôt qu'une « affaire de société »⁴⁶⁸.

Soulignons au passage qu'en 2011, les Québécoises consacraient toujours 10%⁴⁶⁹ de moins de leur temps que les Québécois aux activités salariées, ce qui tend à les confiner à leur rôle de pourvoyeuse officielle de soins, celles-ci disposant de plus de temps que les hommes pour se consacrer aux tâches domestiques⁴⁷⁰.

Par ailleurs, toujours selon les mêmes statistiques en 2005, 46,6% des Québécoises avaient surtout travaillé à temps partiel.⁴⁷¹ Si cela a un effet bénéfique à court terme sur la famille, en réduisant le stress familial et en simplifiant la conciliation travail-famille puisque la mère est plus disponible pour répondre aux besoins de sa famille, il semble que cela va toutefois à l'encontre des objectifs d'égalité et d'indépendance économique des femmes. En effet, en occupant un emploi à temps partiel, les femmes voient leurs avantages sociaux et leurs possibilités d'avancement réduits⁴⁷². En cas de désunion, leur autonomie financière et stabilité économique en seront donc grandement affectées. Elles bénéficieront toutefois des allocations financières telles le Soutien aux enfants suite à la séparation⁴⁷³ en plus d'une pension alimentaire pour enfants⁴⁷⁴, variant en fonction du temps de garde des enfants et des revenus de la mère.

Bien que l'autonomie financière de la mère ne soit pas directement reliée au bien être de l'enfant, nous sommes d'avis qu'elle est dans son meilleur intérêt. D'une part, l'enfant

⁴⁶⁸ Dubeau, *supra*, note 37 à la p 56.

⁴⁶⁹ Institut de la statistique du Québec, *supra* note 200.

⁴⁷⁰ *Ibid*, Tableau 4.22.

⁴⁷¹ *Ibid*.

⁴⁷² Ministère de la Culture, des communications et de la Condition féminine, *supra*, note 393.

⁴⁷³ Ci-dessus, section 7

⁴⁷⁴ Art 585 Cpc

pourra bénéficier d'un modèle plus égalitaire quant aux rôles des hommes et des femmes, ce qui pourrait se refléter par la suite dans sa conception de ces rapports. De plus, au plan matériel, l'enfant bénéficiera du fait que sa mère a un revenu qui lui est propre. Il est vrai que l'épouse pourra bénéficier d'une pension alimentaire pour son entretien dans certaines circonstances, mais cette pension variera selon son âge et sa capacité à travailler, et sera régulièrement assujettie d'un terme⁴⁷⁵. Par ailleurs, l'accès au monde du travail peut aider à prémunir l'isolement de la mère suite à la séparation, ce qui peut avoir un effet bénéfique sur son état psychologique et, par conséquent, sur l'enfant⁴⁷⁶.

3.5 Conclusion de troisième partie

Les débats sur la présomption légale de garde alternée au Canada ont suscité les passions de plusieurs intervenants provenant de milieux différents. Elles opposent des regroupements aux intérêts féministes et masculinistes, qui, en bout de piste, sous le couvert du meilleur intérêt de l'enfant, tentent d'égaliser leur position face au système de justice et à la garde d'enfant. L'intérêt de l'enfant étant une notion « polymorphe », telle que la qualifie Malacket⁴⁷⁷, il est fréquent que le meilleur intérêt de l'enfant serve à d'autres fins qu'à cet intérêt lui-même.

Dans les cas de garde contestée, la présomption légale de garde alternée nous paraît toutefois être une solution équitable et qui respecte en tous points le meilleur intérêt de l'enfant, à condition toutefois qu'il soit possible de la renverser sur la simple preuve qu'elle ne constitue pas le meilleur intérêt de l'enfant. Certaines exceptions pourraient, de plus, être

⁴⁷⁵ Tétrault, *supra*, note 203, section 3.1.

⁴⁷⁶ Ouellet, *supra*, note 30

⁴⁷⁷ Malacket, *supra*, note 67.

prévues dans la loi, faisant en sorte que la présomption légale ne s'appliquerait pas et que le juge devrait, comme il le fait déjà, statuer uniquement dans le meilleur intérêt de l'enfant.

On peut proposer parmi les cas de figures justifiant une non application de la présomption légale au cas d'un enfant en très bas âge, pour qui la présence de la mère est capitale, notamment dans les cas d'allaitement⁴⁷⁸, à celui d'un enfant témoin de situations de violence conjugale⁴⁷⁹, ou encore à celui d'un enfant dont les parents en raison de déficiences et/ou troubles physiques ou psychologiques empêche l'octroi de la garde à l'un des parents (incluant par exemple l'alcoolisme ou la toxicomanie allégués et prouvés par le parent s'objectant à la garde alternée)⁴⁸⁰ ou enfin celui d'un enfant dont les parents ont des résidences éloignées rendant impraticable une garde alternée. Dans ces cas, nous suggérons que le tribunal tranche le litige en se basant uniquement sur le meilleur intérêt de l'enfant.

L'étude des arguments tant psychologiques, juridiques et ceux reliés à la violence conjugale avancés par les groupes sociaux à l'encontre de la présomption de garde alternée démontre qu'ils sont teintés par des conceptions d'une autre époque, mettant en lumière la lenteur de l'évolution des mentalités et de l'éradication des préjugés.

La garde alternée semble un moyen efficace pour permettre aux pères d'être impliqués dans la vie de leur enfant et, pour les mères, de prendre la place qui leur revient sur le plan professionnel. En popularisant ce type de garde, les stéréotypes pourraient diminuer et ce même après l'étape du processus judiciaire, par exemple dans le milieu de travail, dans

⁴⁷⁸ Francine Cyr, « Pour en finir avec cette polémique autour de la garde physique partagée principalement pour les enfants de moins de six ans » (2008) 33 Santé mentale au Québec 185.

⁴⁷⁹ Rinfret-Raynor et als., *supra*, note 367.

⁴⁸⁰ Hugues Létourneau « Toxicomanie d'un parent et appréciation des capacités parentales par les tribunaux québécois », (2002) 1 Famille et toxicomanie 1.

lequel les hommes et les femmes pourraient ultimement bénéficier des mêmes mesures de conciliation travail famille, ce qui n'est actuellement pas le cas dans les faits.

Le Québec semble avoir une volonté réelle de contribuer à l'égalité homme-femme. Les mesures mises en place telles les garderies à prix modique, la Loi sur l'équité salariale et le Soutien aux enfants contribuent à rendre les femmes plus autonomes financièrement. Elles rendent aussi les hommes en théorie aussi disponibles que les femmes pour prodiguer les soins à l'enfant, leur permettant ainsi d'augmenter leurs capacités parentales.

Néanmoins, des mesures de conciliation travail-famille doivent être développées et appliquées uniformément aux pères et aux mères afin que ces disponibilités demeurent les mêmes après la désunion.

Par ailleurs, notre étude nous pousse à constater que très peu de mesures sont prises concrètement au niveau de la conciliation travail-famille, pour les enfants qui ne sont pas en très bas âge. Ceci a pour effet qu'une fois que l'enfant est entré en milieu scolaire, les parents se trouvent un peu abandonnés par l'État sur le plan des solutions concrètes reliées à leurs responsabilités parentales.

Notre étude des documents gouvernementaux nous permet aussi de constater que le gouvernement québécois se penche toutefois sur ces préoccupations, étant conscient qu'elles minent l'égalité hommes-femmes. Comme le soulignait le Conseil de la Famille et de l'enfance :

Les femmes consacrent encore aujourd'hui plus de temps au soin des enfants que les hommes, même si elles sont en emploi. Cet état de fait explique que les femmes éprouvent toujours davantage de difficultés que les hommes à relever le double défi de l'emploi et de la famille. La plus grande participation des hommes aux activités domestiques et familiales a une incidence positive sur la conciliation travail-famille des mères, leur participation au marché du travail, l'avancement de

leur carrière et leur participation aux instances dans les milieux politique, social ou économique⁴⁸¹.

Concernant la vie familiale, la doctrine suggère que deux types de facteurs sont à l'origine de cette inéquité dans le partage des tâches domestiques. D'abord, il existe des facteurs particuliers (ou « micro »)⁴⁸², telles les heures que passent concrètement chacun des parents à travailler sur une base hebdomadaire et les revenus de chacun. On peut en effet penser que le parent ayant le travail le plus rémunérateur sera celui qui consacrera le plus de temps à son travail, dans un souci de rentabilité au sein de la famille. Nécessairement, celui-ci sera moins disponible que l'autre pour assurer les tâches domestiques.

Il existerait également des facteurs relevant de l'ensemble de la société (ou « macro »), soit les attitudes à l'égard des deux sexes et leur influence dans la répartition des tâches domestiques non rémunérées. Il semblerait que les femmes ressentent toujours une obligation morale de subvenir aux besoins de leurs enfants⁴⁸³ et que les pères se fieraient sur celles-ci pour remplir ce rôle⁴⁸⁴. Lachance-Grzela et Bouchard mentionnent également que les femmes habitant dans des pays dirigés par des gouvernements

⁴⁸¹ Secrétariat à la Condition féminine et du Ministère des cultures et des communications, « Pour qu'une égalité de fait devienne une égalité de droit : Vers un deuxième plan d'action pour l'égalité entre les femmes et les hommes : Cahier de consultation » Gouvernement du Québec, Québec, 2011, à la p 5.

⁴⁸² Andrea Doucet « http://www.ubcpress.ca/search/title_book.asp?BookID=299173228 » dans Catherine Krull and Justyna Sempruch (Dir.) *Demystifying the Family/Work Contradiction : Challenges and Possibilities*, Vancouver, UBC Press, 2010; Andrea Doucet « <http://www.andreadoucet.com/wp-content/uploads/2011/02/Doucet-2004-Fathers-and-Responsibility.pdf> » (2004) 28 *Atlantis : A Women's Studies Journal* 103; Myra Marx Ferree « Filling the Glass: Gender Perspectives on Families » (2010) 72 *Journal of Marriage and Family* 420; Mylène Lachance-Grzela et Geneviève Bouchard « Why do women do the lion's share of housework? A decade of research » (2010) 63 *Sex Roles : A Journal of Research* 767.

⁴⁸³ Voir aussi : Andrea Doucet, « http://www.vifamily.ca/media/node/286/attachments/Can_Men_Mother_Or_is_Mothering_Essentially_Female.pdf » Transition, Institut Vanier de la Famille, Ottawa, 2009.

⁴⁸⁴ Andrea Doucet, « Fathers and the Responsibility for children », *supra*, note 482, à la p 6.

conservateurs favorisant les rôles de genre traditionnels négocient rarement un partenariat plus égal⁴⁸⁵ et qu'on trouverait un partage plus égalitaire des tâches non rémunérées dans les pays dotés de gouvernements qui prônent activement l'égalité des sexes⁴⁸⁶.

Ainsi, bien qu'il puisse être long de changer les mentalités d'une société, ce changement semble nécessaire pour assurer le juste partage des tâches domestiques, incluant les soins aux enfants. La lenteur de cette évolution pourrait notamment avoir pour effet de rendre peu optimiste la majorité des auteurs consultés sur la question du partage équitable des tâches⁴⁸⁷. Certains suggèrent toutefois qu'une certaine continuité dans les politiques familiales pourrait aider à cette évolution des mentalités⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Lachance-Grzela et Bouchard, *supra* note 482, à la p 780.

⁴⁸⁶ Andrea Doucet, « <http://ukcatalogue.oup.com/product/9780195431230.do> » dans David Cheal (Dir.) *New Canadian Families (2nd Edition)*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁴⁸⁷ Barbara A. Arrighi, David J. Maume « Workplace subordination and men's avoidance of housework » (2000) 21 *Journal of Family Issues* 464; Julie E. Artis, Eliza K. Pavalko « Explaining the decline in women's household labor : Individual change and cohort differences » (2003) 65 *Journal of Marriage and Family* 746; Mick Cunningham « Influences of women's employment on the gendered division of household labor over the life course: Evidence from a 31-year panel study » (2007) 28 *Journal of Family Issues* 422.

⁴⁸⁸ Lachance-Grzela et Bouchard, *supra*, note 482, p 280.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Actuellement, les juges disposent des outils nécessaires à l'application d'une présomption légale de garde alternée en droit québécois. En adoptant les articles 600 C.c.Q. et 16.(10) L.D., les législateurs québécois et fédéral ont souhaité mettre les deux parents sur un même pied d'égalité quant à la garde d'enfants.

À l'époque de l'adoption de ces dispositions, la garde était encore confiée à la mère dans la grande majorité des cas et la garde alternée constituait l'exception⁴⁸⁹. En 1980, au moment de la réforme du Code civil, les différences dans les disponibilités entre les hommes et les femmes dans la majorité des ménages et les faibles mesures de politique familiale ne permettaient pas de manière réaliste que la garde alternée soit une situation applicable à tous. Les principes de l'autorité parentale conjointe et de la maximisation des contacts venaient donc, autant que possible dans le contexte de l'époque, pallier à ces inégalités.

Aujourd'hui, les hommes et les femmes ont de manière générale, des disponibilités qui tendent à devenir équivalentes⁴⁹⁰. La garde alternée est un arrangement qui n'a désormais plus rien d'exceptionnel⁴⁹¹. Le contexte juridique et social actuel fait en sorte qu'il est désormais envisageable que la garde alternée soit la norme et la garde exclusive, l'exception. Cette solution respecte selon nous beaucoup mieux le principe de l'égalité entre les parents.

⁴⁸⁹ Institut de la Statistique du Québec, *supra*, note 28.

⁴⁹⁰ Institut de la statistique du Québec, *supra* note 450.

⁴⁹¹ *T. (L.) c L.A. (P.)*, *supra*, note 101.

L'analyse de l'interprétation de ces dispositions législatives par la jurisprudence démontre que les éléments examinés par les juges dans le cadre des litiges de garde ont évolué. Si les décisions rendues dans les années 1990 que nous avons étudiées concluaient en majorité à l'octroi de la garde exclusive à la mère, et interprétaient majoritairement l'élément de stabilité de l'enfant en la faveur de l'octroi de ce type de garde à la mère, il en va autrement des décisions rendues après 2005, qui octroient en majorité des gardes alternées et voient la stabilité comme un élément militant en faveur du maintien de contacts étroits avec les deux parents⁴⁹².

Les jugements que nous avons analysés démontrent que, si une certaine tendance se dessine quant à la popularité de la garde alternée comme solution dans les litiges de garde, il demeure que le critère du meilleur intérêt de l'enfant laisse place à une discrétion judiciaire considérable qui permet d'introduire les valeurs du juge dans le droit. Or, l'un des arguments évoqués à l'encontre d'une présomption de garde alternée est qu'elle force le pouvoir politique à effectuer un jugement de valeurs et à l'introduire dans la Loi. L'introduction des valeurs personnelles des juges est-elle plus justifiée ? Nous ne le croyons pas. De plus, la valeur principalement évoquée par la présomption de garde alternée est l'égalité, qui est en fait une valeur déjà bien ancrée dans notre droit⁴⁹³.

Selon nous, il existe bel et bien une présomption de garde alternée tant dans le Code civil que dans la Loi sur le divorce, une présomption donc légale, bien que les tribunaux ne le reconnaissent pas formellement. En appliquant ces dispositions tel que nous le proposons, la conséquence juridique logique est que le parent non gardien serait en partie déchu de son autorité parentale. Cette mesure n'est pas souhaitable, puisqu'elle tend à écarter le parent

⁴⁹² Ci-dessus, section 6

⁴⁹³ Art 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. chapitre C-12.

gardien de la vie de l'enfant. Par ailleurs, une partie des juges depuis 2005 semble appliquer dans les faits une présomption de garde alternée, bien qu'ils ne le mentionnent pas directement.

Nous croyons qu'une intervention législative est nécessaire afin d'encadrer cette présomption légale. Nous reconnaissons toutefois que l'intérêt de l'enfant doit primer sur celui de ses parents et même sur leurs droits constitutionnels (y compris celui à l'égalité). C'est pourquoi cette notion devrait selon nous demeurer centrale dans le droit de la famille relié à la garde d'enfants. La présomption que nous proposons pourrait être renversée s'il était démontré qu'elle n'était pas dans l'intérêt de l'enfant. La présomption proposée dans le présent mémoire est une présomption légale, simple. Le fardeau de preuve serait donc déplacé sur celui qui souhaite invoquer que la garde alternée n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant, afin de pallier au maintien dans le droit de conceptions stéréotypées, fondées sur les rôles traditionnels. Ce fardeau ne devrait toutefois pas être aussi lourd que celui proposé par le projet de Loi C-422⁴⁹⁴.

De plus, les situations qui font déjà consensus en matière de garde, telles la violence conjugale et le cas de l'enfant en très bas âge, ne devraient pas être soumises à cette présomption. Des balises devraient être précisées et inspirées de sérieuses études de psychologie, afin de s'assurer que le meilleur intérêt des enfants soit bien servi par ces exclusions.

Les projets de loi C-22 et C-422 ont soulevé l'idée au Canada de l'instauration claire d'une présomption de garde alternée dans la Loi sur le divorce. L'étude des débats canadiens et québécois sur la question nous permet de constater que les acteurs du milieu juridique se

⁴⁹⁴ Ce projet de loi exige qu'un « motif grave » soit démontré (Art 16 PL. C-422).

montrent majoritairement en la défaveur d'une telle présomption⁴⁹⁵. Certains ont dénoté chez les intervenants de ce milieu une tendance à être en défaveur des changements juridiques impliquant le recours à une certaine objectivation des normes⁴⁹⁶.

Nous sommes d'avis qu'en matière familiale, l'établissement d'une présomption pour pallier aux effets indésirables d'une aussi large discrétion judiciaire a fait ses preuves en droit québécois. Les Barèmes provinciaux de fixation des pensions alimentaires pour enfants en constituent selon nous une illustration significative. Avant l'introduction de ces barèmes, en 1997, les pensions alimentaires pour enfants étaient fixées au cas par cas, en fonction de l'évaluation des besoins de l'enfant et des moyens des parents⁴⁹⁷. Cette méthode d'évaluation n'empêche toutefois pas le juge de recourir à sa discrétion puisqu'il peut invoquer le meilleur intérêt de l'enfant en cause pour rendre une ordonnance alimentaire différente de celle qui découlerait de l'application mécanique des barèmes en se référant notamment à la notions de besoins particuliers de l'enfant⁴⁹⁸. Bien que, lors de l'adoption de ces barèmes, plusieurs acteurs du milieu juridique se montraient sceptiques, le système fonctionne bien⁴⁹⁹. Des tables facultatives de fixation de pensions alimentaires pour époux⁵⁰⁰ sont même utilisées maintenant

⁴⁹⁵ Association du Barreau Canadien, *supra*, note 321, Barreau du Québec, *supra*, note 358 Association nationale femmes et droit, *supra*, note 321.

⁴⁹⁶ Bala, *supra*, note 110, Goubau, *supra*, note 105.

⁴⁹⁷ Art 587 Cp.c

⁴⁹⁸ 587.1 Cpc

⁴⁹⁹ Dominique Goubau « Sécurité juridique et discrétion judiciaire : un difficile équilibre dans la fixation des pensions alimentaires pour enfants », *Développements récents en droit familial* (1999), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais 45, Nicole Parent, « Les frais particuliers, mais qu'est-ce qui est particulier ? », *La pension alimentaire pour enfants : les lignes directrices provinciales des pensions alimentaires pour enfants ont cinq ans* (2002), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais.

⁵⁰⁰ Carole Rogerson, Rollie Thompson « Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux », Université de Toronto, Université de Dalhousie, Toronto, 2008. En ligne : <http://www.justice.gcca/fra/pi/fea-fcy/epo-spo/ld-g/spag/index.html>

devant les tribunaux à titre d'outil de référence dans la fixation de pension alimentaire entre époux⁵⁰¹. Ces pensions sont actuellement soumises au test besoins/moyens.

Le Québec travaille depuis 1997 à la mise en place d'outils intéressants en matière de politique familiale, pouvant ainsi favoriser l'application d'une telle présomption. Sa politique familiale vise en effet à atteindre l'égalité entre les hommes et les femmes et reconnaît expressément que celle-ci passe par un partage équitable du travail domestique et du travail rémunéré. Un partage plus égal des rôles parentaux pourrait donc faire en sorte que l'enfant n'ait plus une mais bien deux figures parentales principales, favorisant ainsi la garde alternée en cas de rupture.

La politique familiale aide-t-elle les pères à obtenir des gardes alternées devant les tribunaux ou le fait que les gardes alternées soient obtenues devant les tribunaux fait-il en sorte que les politiques familiales sont nécessaires pour les familles ? Bien qu'il soit possible d'effectuer certains parallèles entre les divers éléments mentionnés par les tribunaux et la politique familiale, la recherche est lacunaire sur cette question. Nous ne pouvons donc inférer de conclusion directe quant à l'incidence des politiques familiales sur les critères examinés par les juges et vice-versa. Nous ne pouvons que mettre en contexte le fait que de plus en plus d'efforts sont déployés par les différents intervenants (gouvernements, employeurs, pères, tribunaux), pour favoriser une implication paternelle auprès des enfants que ce soit avant ou après la désunion.

⁵⁰¹ *Droit de la famille* – 112606, EYB 2011-194830 (CA).

SOURCES ET RÉFÉRENCES

Lois et règlements

Canada

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982 c. 11

Loi concernant le divorce et les mesures accessoires, L.R.C. 1985 c. D-3.4.

Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5.

Québec

Code civil du Québec, L.R.Q. c. C-64.

Code de procédure civile du Québec, L.R.Q. c. C-25

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12.

Loi modifiant le Code civil du Québec, projet de loi 65, 2^e session, 31^{ième} législature, Québec, sanctionnée et entrée en vigueur le 17 novembre 1977.

Loi sur l'assurance parentale, L.R.Q. c. A-29.011.

Loi sur les normes du travail, L.R.Q. c. N.1.1.

Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants, L.R.Q., c. C-25, r.2.

Règlement sur la contribution réduite, L.R.Q. c. S-4.1.1, r. 1

Projets de loi

P.L. C-22, Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes en matière familiale, la Loi sur la saisie-arrest et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence, 2^e session, 37^e législature canadienne (première lecture le 10 décembre 2002).

P.L. C-422, Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle et du temps parental) et d'autres lois en conséquence, 2^e session, 40^e législature Canadienne (déposé le 16 juin 2009).

Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, déposé par M. Jean-Marc Fournier, Ministre de la Justice, 2^e session, 39^e législature Québécoise (déposé le 29 septembre 2011).

Statistiques (ordre chronologique)

Statistiques Canada, L'emploi et le revenu en perspective, no au catalogue 75-001XIF, Été 2011, vol.23, no 2, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca>.

Statistiques Canada, Enquête sur la couverture de l'assurance emploi, Le Quotidien, 21 juillet 2010, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/100621/dq100621b-fra.htm>, consulté le 6 septembre 2011.

Institut de la Statistique du Québec, Un portrait statistique des familles au Québec, Ministère de la famille et des aînés, Gouvernement du Québec, Québec, 2011. En ligne : http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF_Portrait_stat_complet_11.pdf

Institut de la statistiques du Québec, Annuaire québécois des statistiques du travail, Gouvernement du Québec, Québec, 2011, à la p. 166. En ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/remuneration/pdf2011/Annuaire_vol_7.pdf

Statistiques Canada, Portrait de famille, continuité et changement dans les ménages du Canada en 2006, Recensement de 2006, N-97-553-X1F.

Denis Laroche, Emploi du temps des hommes et des femmes vivant avec un conjoint au Québec, 1986-2005, Données sociodémographiques en bref, vol. 13, no 1, octobre 2008, compilation de l'ISQ d'après les données de Statistiques Canada, Enquête sociale Générale.

Journal des débats parlementaires

Chambre des communes, vol. 138, no 52, 2^e session, 37^e législature, le mardi 4 février 2003.

Chambre des communes, vol. 138, no 64, 2^e session, 37^e législature, le jeudi, 20 février 2003.

Chambre des communes, vol. 138, no 28, 2^e session, 37^e législature, le jeudi, 27 mars 2003.

Politiques publiques

Ministère de la Famille et de l'Enfance, Présentation du Ministère de la Famille et de l'Enfance et des nouvelles dispositions de la politique familiale, Québec, Gouvernement du Québec (1998).

Ministère de la Famille et de l'Enfance, « Les enfants au cœur de nos choix : les nouvelles dispositions de la politique familiale du Québec, Québec, Gouvernement du Québec (1998).

Rapports gouvernementaux

Rapport du comité mixte spécial sur la garde des enfants et les droits de visites, Pour l'amour des enfants, Parlement du Canada, 1998.

Linda Duxbury, Chris Higgins, The 2001 National Work-Life Conflict Study: Report One, Agence de Santé Publique du Canada, Ottawa, 2001.

Jenson, Jane « Les contours de la cohésion sociale : l'état de la recherche au Canada », Rapport de recherche des RCRPP, n° F22, Ottawa, mai 2002.

Joyal, Renée, Lapierre-Anamak, Évelyne et Le Bourdais, Céline. Le rôle des tribunaux dans la prise en charge des enfants après le divorce où la séparation des parents, Rapport de recherche présenté au Ministère de la Justice et au Ministère de la Famille et de l'enfance du Québec, Québec, 2003.

Conseil de la Famille et de l'enfance, La politique familiale au Québec : visée, portée, durée et rayonnement, Gouvernement du Québec, Québec, 2008.

Ministère de la Famille, des Aînés et de la Condition féminine, D'égale à égal ? Un portrait statistique des hommes et des femmes, Québec, Gouvernement du Québec, 2007.

Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine, Pour qu'une égalité de droit devienne une égalité de fait : la politique gouvernementale pour l'égalité entre les femmes et les hommes et le plan d'action 2007-2010 – En bref, Gouvernement du Québec, Québec, 2007.

Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine, Plan d'action gouvernemental pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2011-2015, Gouvernement du Québec, Québec, 2011.

Office de Révision du Code civil du Québec : Rapport sur la famille : deuxième partie, Montréal, Publications du Québec, 1975.

POSITIONS D'ORGANISMES DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Projet de loi C-22

Action des Nouvelles Conjointes du Québec, « Mémoire sur le projet de loi c-22 modifiant la Loi sur le divorce présenté au comité permanent de la justice et des droits de la personne », Montréal, août 2003.

Association du Barreau Canadien, « Mémoire du projet de loi C-22 : La réforme de la Loi sur le divorce », Ottawa, août 2003.

Association nationale de la femme et du droit, « Commentaire sur le projet de loi C-22 », Ottawa, juillet 2003.

Barreau du Québec, Mémoire sur la « Loi modifiant la loi sur le divorce, la loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la loi sur les juges et d'Autres lois en conséquence », Montréal, août 2003.

Nova Scotia Advisory Council on the Status of Women, « Response to Bill C-22 : An act to amend the divorce act », Halifax, août 2003.

Projet de loi c-422

Association du Barreau Canadien, « Dans l'intérêt de l'enfant », Ottawa, juin 2010.

Barreau du Québec, « Position du Barreau sur le projet de loi C-422 », en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/actualites-medias/positions/index.html>, consulté le 3 mars 2011.

Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec, « Le projet de loi C-422 sert-il véritablement le meilleur intérêt des enfants ? – Position de la Fédération des associations familles monoparentales et recomposées du Québec (FAFMQR) sur le projet de loi C-422 », Montréal, août 2009.

Fédération de ressources d'hébergement pour femmes violentées et en difficulté du Québec, « Le projet de loi C422 : un recul marqué quant à la sécurité et la protection des femmes et des enfants dans un contexte de violence conjugale et familiale », Montréal, septembre 2009.

Autres

Barreau du Québec, « Mémoire sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants », Colloque « Les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants - L'intérêt de l'enfant d'abord » Québec, juin 2011, à la p. 12.

DOCTRINE

Monographies

Canada

Goubau, Dominique et Mireille D. Castelli. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005.

Kurk, Edward. *Divorced Fathers : Children's needs and parental responsibilities*, Black Point, Fernwood Publishing, 2011.

Lajoie Andrée. *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, coll. Les Voies du Droit, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

Pineault, Jean et Marie Pratte. *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006.

Tétrault, Michel. *Le droit de la famille*, 4^e éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

Tétrault, Michel. *La garde alternée et les tribunaux : une option ou une solution*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.

États-Unis

Goldstein, Joseph, Anna Freud et Albert J. Solnit. *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973.

Périodiques juridiques

Canada

Bala, Nicholas. « Judicial Discretion and Family Law Reform in Canada », (1986) 5 Can J Fam L 15.

Boivin, Michelle. « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique », 2 (1986) Can. J. Women & L. 53.

Deleury Edith et al. « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 C. de. D. 777

Gilbert, Jason. « Oh Yeah, I Have a Dad the Dismissal of Father Figure in Custody and Access Decisions », (2001-2002) 21 Can. J. Fam. L. 327.

Giroux, Monique. « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », (1998) 77 R. du Bar. can. 354.

- Groffier-Atala, Éthel. « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977) 8 R. Gen. 223.
- Goubau, Dominique. « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996) 13 Can J. Fam. L. 11.
- Goubau, Dominique. « La réforme de la Loi sur le divorce », *Développements récents en droit familial* (2003), Cowansville, Yvon Blais, 2003, à la p. 107.
- Goubau, Dominique. « La garde alternée, vague passagère ou tendance lourde ? » *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003.
- Goubau, Dominique. « L'objectivation des normes en droit de la famille une mission possible », (1998), 7 *Revue trimestrielle de droit de la famille*, à la p. 23.
- Joyal, Renée. « La Loi 89 et l'autorité parentale », (1983) R.G.D. 13
- Joyal, Renée. « L'enfant dont la garde est contestée : sa place dans le processus de décision », (1996) 37 C. de D. 51.
- Joyal Renée et Anne Quéniart. « La garde contestée de l'enfant à la suite d'une rupture conjugale : des juges de la Chambre de la famille s'expriment sur divers aspects de la question », (2001) 35 PRISME 116.
- Joyal Renée. « Garde alternée de l'enfant – constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *Les Cahiers de droit* 267.
- Joyal, Renée. « L'attribution de la garde des enfants après le divorce ou la séparation des parents : perceptions d'avocates et d'avocats en droit de la famille » (2004) 64 R du B 445.
- Kirouak, Marie-Christine. « La jurisprudence relative à la garde: où en sommes-nous rendus? », *Développements récents en droit familial* (2007), Cowansville, Yvon Blais, 2007, 665.
- Lavallée, Carmen. « L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et québécois », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- L'Heureux-Dubé, Claire. « Le droit de la famille à l'aube du 20^{ième} siècle : la marche vers l'égalité », (1998) 28 R.D.U.S. 17.
- Lemieux Charlotte. « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », (1998-99), 29 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 223.
- Mayrand, Albert. « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 R du B 193.

- Mayrand, Albert. « Égalité en droit familial québécois », (1985) R.J.T. 249.
- Moreau Louise, Pelissier-Simard Mireille. « Les droits de garde et droits d'accès des parents : pistes de solution », , *Développements récents en droit familial* (2009), Cowansville, Yvon Blais, 2009, 97.
- Mossman Marie-Jane. « Father's Rights Activism and Law Reform in Comparative Perspective », (2008) Can. J. Fam. L. 123.
- Quénart Anne et Rousseau Nicolas. « Les pères face au système de justice : l'influence des facteurs juridiques sur le niveau d'engagement paternel », 2004 Can. J. Fam. Law 181.
- Quénart Anne et Joyal Renée. « Les pratiques entourant la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée devant le tribunal : contexte historique et réflexions découlant de l'étude de dossiers judiciaires récents » (2001) R. du B. 81.
- Roy Nicole. « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 R du B 51.
- Shaffer, Martha. « Joint Custody, Parental Conflict and Children's Adjustment to Divorce : What the Social Literature Does and Does not Tell Us », (2007) Can J Fam Law 285.
- Schirm, Sylvie. « Commentaire sur la décision P. (V.). C. F. (C.), sub nom Droit de la famille – 091541 – La garde partagée: vaut-il la peine de s'y opposer ? », dans *Repères, Droit civil en ligne*, EYB 2010REP907, 4 pages.
- Tétrault, Michel. « Chronique - Arrêts récents de la Cour d'appel en matière de garde partagée : la tendance est très lourde, mais certains critères d'établissement de cette modalité de garde se précisent » dans *Repères (Droit civil en ligne)*, Janvier 2006, EYB2006REP412, 11 pages.
- Tétrault, Michel. « Commentaire sur la décision G. (T.- P.) c. M. (D.) - La Cour d'appel et la garde partagée : de certaines présomptions qu'applique une partie de la jurisprudence » dans *Repères, (Droit civil en ligne)*, Août 2004, EYB2004REP241, 6 pages.
- Ward, Bernard, Bartha M. Knoopers. « Best Interest of the Child Exposed : A portrait of Quebec Custody and Protection Law », (1992) Can J Fam Law 12.
- États-Unis
- Ahrons, Constance. « Predictors of paternal involvement post-divorce : Mothers' and fathers' perceptions », (1983) 6 *Journal of Divorce* 55.

Barlett, Katherine, Christyne Stack. « Joint custody, feminism, and the dependency dilemma » (1986) 2 Berkeley Women's Law Journal 941

Boyd, Susan. « Walking the Line: Canada's Response to Child Custody Law Reform Discourses », (2003) 21 Canadian Family Law Quarterly 397.

Folberg Jay, Graham Marva. « Joint Custody of Children Following Divorce » (1979) 12 U.C.D. L. Rev. 523.

Hardcastle, Gerard W. « Joint Custody, A Family Court Judge's Perspective » (1999) 32 Fam LQ 201.

Jennison, Jsdith. « The Search for Equality in a Woman's World: Fathers' Rights to Child Custody », (1991) 43 Rutgers L Rev 1141.

Kipp, Matthew A. « Maximizing Custody Options : Abolishing the Presumption Against Joint Physical Custody », (2003) 69 North Dakota Law Review 59.

Kurki-Suonio, Kirsti. « Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective », (2000) 14 International Journal of Law, Policy and the Family, 183.

Schulman Joanne, Pitt Valerie. « Second Thoughts on Joint Custody : Analysis of Legislation and its Implication For Women and Children », (1982) 12 Golden Gate University L Rev 539.

Schwartz, Sheila. « Toward a Presumption of Joint Custody », (1985) 18 Fam L.Q. 225.

Luepnitz, Deborah. « A Comparison of Maternal, Paternal, and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life », (1986) 9 (3) Journal of Divorce 1.

France

King Micheal et Antoine Garapon. « Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre », (1988) 10 Droit et société 431.

Michaut, Françoise. « Réalisme juridique américain », dans A.J. Arnaud et al. (eds.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris, LGDJ, 1998, p. 341.

Périodiques sociologie et psychologie

Canada

- Beaudry, Madeleine. « La garde des enfants suite au divorce : contexte historique, courants actuels et perspectives empiriques », (1988) 37 *Service Social* 435.
- Côté, Denyse. « Champ libre : La garde alternée des enfants nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? », (2004) 23 (3) *Nouvelles Questions féministes* 80.
- Côté, Denyse. « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde alternée comme phénomène social », (2006) 27 (1) *Revue Québécoise de psychologie* 19.
- Daly, Kerry. « L'évolution de la culture parentale » dans *Tendances contemporaines de la famille*, Ottawa, Institut Vanier de la Famille, 2004.
- Dandurant, Renée B., Marianne Kempeneers. « Pour une analyse comparative et contextuelle de la politique familiale au Québec », (2002) XLIII 1 *Recherches sociographiques* 49.
- Dandurant, Renée B. et Lise St-Jean. « La nouvelle monoparentalité comme révélateur des contradictions familiales, (1990), IRNS, Urbanisation-culture et société.
- DeMontigny, Francine et Carl Lacharité. « Perceived parental efficacy: A concept analysis », (2002) 49 *Journal of Advanced Nursing* 1.
- Doucet, Andrea. « What Impedes Fathers' Participation in Care Work: Theorizing the Community as an Institutional Arena », Catherine Krull et Justyna Sempruch (Dir.) *Demystifying the Family/Work Contradiction : Challenges and Possibilities*, Vancouver, UBC Press, 2010.
- Doucet, Andrea. « Can Men Mother – or is Mothering Essentially Female? » *Transition*, Institut Vanier de la Famille, Ottawa, 2009.
- Dubeau, Diane. « Le père engagé », dans *Transition*, vol. 32 no 2, Ottawa, (2002) Institut Vanier de la Famille.
- Dubeau, Diane. « Portrait des pères » dans *Tendances contemporaines de la famille*, Ottawa, Institut Vanier de la Famille, 2002.
- Duplin, Rachel. « La politique familiale au Québec de 1960 à 2006 », Dorval Brunelle (dir.), *Gouvernance, Théorie et pratiques*, 2010, Montréal, Éditions de l'Institut international de Montréal.
- Fortin, Pierrette. « Un regard féministe sur les modèles de la famille », (2005) 30 *Atlantis* 81.
- Jenson, Jane. « Changing the Paradigm : Family Responsibility or Investing in Children » (2004) 29 (2) *Cahiers canadiens de sociologie* 169.

Jenson Jane, Denis St-Martin. « New Routes to Social Cohesion? Citizenship and the Social Investment », (2003) 28 Can J Sociology 1 77

Jane Jenson, « Family Responsibility or Investing in Children », (2004) 29 Can J Sociology 2 169.

LeRoy, Ines. « La garde alternée, une présomption jurisprudentielle », (2006) 27 (1) Revue Québécoise de psychologie 33.

Marx Ferree, Mira. « Filling the Glass: Gender Perspectives on Families », (2010) Journal of Marriage and Family, 72 420.

Lachance-Gzela, Mylène et Geneviève Bouchard. « Why do women do the lion's share of housework? A decade of research. » (2010) Sex Roles: A Journal of Research 63 767.

États-Unis

Arrighi Barbara A., Maume, David J. Maum. « Workplace subordination and men's avoidance of housework » (2000) 21 Journal of Family Issues 464.

Artis, Julie E. et Eliza K. Pavalko, « Explaining the decline in women's household labor: Individual change and cohort differences » (2003) 65 Journal of Marriage and Family 746

Barnes, Stephanie N.. « Strengthening the father-child relationship through a presumption of joint custody » (1999) 35 Williamette Law Review 601.

Charlow, Andrea. « Awarding Custody : The Best Interests of Child and Other Fictions», (1987) 5 Yale Law and Policy Review 267.

Cuningham, Mick. « Influences of women's employment on the gendered division of household labor over the life course: Evidence from a 31-year panel study » (2007) 28 Journal of Family Issues, 422.

Donnelly Denise, David Finkelhor. « Who Has to Joint Custody ? Class Differences in the Determination of Custody Arrangements » (1993) 42 Family Relations 1.

Douglas, Emilie. « The Impact of a Presumption for Joint Legal Custody on Father Involvement », (2003) 39 Journal of Divorce and Remarriage 1.

Emery, Robert E. « Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce », (1982) 92 Psychology Bulletin 310.

Greif Brown, Judith. « Fathers, Children and Joint Custody », (1979) 49 American Journal of Orthopsychiatry 311.

Gunnoe, Marjorie Linder, Sanford L.. « The Effects of Joint Legal Custody on Mothers, Fathers and Children Controlling for Factors That Predispose a Sole Maternal versus Joint Legal Award », (2001) 25 Law and Human Behavior 25.

Pleck, Joseph Henry. « Balancing work and family ». 1999 10 (2) Scientific American Presents 38.

Steinman, Susan. « The Experience Of Children In A Joint Custody Arrangment », 51 (1981) AM. J. Orthopsychiatry 403.

Steinhauer, Pau. « Assessing for parenting capacity », (1983) American Journal of Orthopsychiatry 53, 458.

Wallerstein Joseph et John Kelly. « Effects of divorce on the visiting father-child relationship. », (1980) 137 (12) Am J Psychiatry 1534.

Webster Ferreiro, Beverly. « Presumption of Joint Custody : A Family Policy Dilemma », (1990) 39 Family Relations 420.

MÉMOIRE DE MAÎTRISE

Malacket Andréanne. « L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation et de détournement », Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, 2010.

ARTICLES DE JOURNAUX

Lavoie, Jean-Pascal. « Les défis du financement et de l'accessibilité à la justice », Le Soleil, Québec, 21 février 2011.

JURISPRUDENCE

Cour suprême du Canada

Benoît c. Bisailon, 1976 RCS 1651.
 C. (G). c. V.-F. (T.), 1987, 2 R.C.S. 244.
 Dugal c Lefebvre, [1934] R.C.S. 501.
 Gordon c. Goertz, 2 [1996] R.C.S. 27.
 Tremblay c. Daigle, [1986] 2 R.C.S. 530.
 Laidlaw c. Metro Toronto, [1978] 2 R.C.S. 736M.
 M.B.(P.). c. M. (B.L.D.E.), [1989] 1 R.C.S. 927.
 P. (M.) c. L.B. (G.), [1995] R.J.Q. 4 R.C.S. 592.
 P. (D.). c. C. (S.). [1993] 4 R.C.S. 141.
 R. c. Dawson, [1996] 3 R.C.S. 783.

Van De Perre c. Edwards, [2001] 2 R.C.S. 1014
 W. (V.) c. S. (D.), [1996] 2 R.C.S. 107
 Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3.

Conseil privé
 Stevenson c. Florant, 1927 AC 211.

Cour du Banc de la Reine
 R. c. De Mandeville, (1804) East 221, 102 E.R. 1054.

Cour d'appel du Québec

A. c. B., EYB 2007-118088 (C.A.).
 A. c. B., EYB 2007-115671 (C.A.).
 D. (M.J.) c. D. (J.), REJB 1998-08649 (C.A.).
 Droit de la famille – 190, 1985 C.A. 201
 Droit de la famille – 1549, 1992 RJQ 825
 Droit de la famille – 1888, 1993, R.J.Q., 2709 (C.A.).
 Droit de la famille – 2518, [1996] R.D.F. 725 (C.A.).
 Droit de la famille – 2785, [1998] R.J.Q. 10 (C.A.).
 Droit de la famille – 3242, C.A.Q. no 200-09-002281-985, 1^{er} février 1999.
 Droit de la famille – 3132, J.E. 98-2091 (C.A.).
 Droit de la famille – 3456, [1999] R.D.F. 652 (C.A.).
 Droit de la famille – 072034, EYB 2007-123263 (C.A.).
 Droit de la famille – 071207, EYB-2007-119952 (C.A.).
 Droit de la famille – 092467, 2009 QCCA 1927.
 Droit de la famille – 091113, 2009 QCCA 925.
 Droit de la famille – 091541 2009 QCCA 1268
 Droit de la famille — 092467, 2009 QCCA 1927.
 Droit de la famille – 091332, 2009 QCCA 1068.
 Droit de la famille — 102866, 2010 QCCA 1978.
 D. (W.) c. A. (G.), [2003], R.J.Q. 1411 (C.A.).
 G. (G) c. J. (P.), [2005] R.J.Q. 1156 (C.A.).
 G. (L.) c. N. (F.), AZ-50253501 (C.A.).
 H.F c. J.V., C.A.Q. no 200-09-004513-039, le 28 novembre 2003.
 J. (S.) c. P. (V.), [2005], R.D.F. 737 (C.A.).
 K. (J.) c. N. (P.), 2006 QCCA 1054 (C.A.).
 T. L. c. L.A.P., AZ-50148382 (C.A.).
 M.-J.(R.) c. D.(N.), 2006 QCCA 841.
 M.L. c. L. J., JE 2002-641 (C.A.).
 M. (L.) c. R. (K.), B.E. 2002 BE-58 (C.A.).
 MacGyver c. Richards (1995) 22 O.R. 3d 481 (C.A.).
 L. (P.) c. X. et M. (P.), 2009 QCCA 623.
 P. (V.) c. F. (C.), 2006 QCCA 963.
 T. (L.) c. L.A. (P.), [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.).

T.P. (G.) c. D. (N.), [2004] R.D.F. 272 (C.A.).

Z. (A.) c. O. (S.), REJB 2004-54538 (C.A.).

Cour supérieure du Québec

B. (K.) c. G. (M.), EYB 2004-60777 (C.S.).

C. (M.) c. H. (M.A.), EYB 2003-37056 (C.S.).

Droit de la famille – 2473, [1996] R.D.F. 580 (C.S.).

Droit de la famille – 2683, [1997] R.J.Q. 1752 (C.S.).

Droit de la famille – 3504, [2000] R.D.F. 71 (C.S.).

Droit de la famille — 07352, 2007 QCCS 743

Droit de la famille — 071666, 2007 QCCS 3415.

Droit de la famille – 102696, 2010 QCCS 4952.

J. (F.) c. C. (L.), [2003] R.J.Q. 2983 (C.S.).

L. (M.) c. D. (L.), EYB 2001-29768 (C.S.).

P. (D.) c. R. (M.) 2006 QCCS 2839.

S.N. c. B. (A.S.), J.E. 2004-282 (C.S.).

W. (S.) c. F. (T.), EYB 2004-71706 (C.S.).